Die Aufgabenverteilung zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht

DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines
Doktors des Rechts der

RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

vorgelegt von

Rolf-Günter Hoffmann aus Saarbrücken

Saarbrücken
1972

Die Aufgabenverteilung zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors des Rechts

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Rolf-Günter Hoffmann aus Saarbrücken

1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation: 14. Juni 1972
Amtierender Dekan: Prof. Dr. Rudolf Richter
Erstberichterstatter: Prof. Dr.Dr. Gerhard Lüke
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Ulrich Huber

Seite

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis IV

Einleitung 1

Erster Abschnitt: Prüfung des Bestehens des durchzusetzenden Anspruchs 8

§ 1 Die anfängliche Existenz des Anspruchs bei der Vollstreckung aus Urteilen 8
I. Feststellung der Prüfungskompetenz 8
II. Dogmatische Begründung 10

§ 2 Das nachträgliche Erlöschen des im Urteil titulierten Anspruchs 15
I. Normalfall des § 767 I ZPO 15
II. Sonderfälle 22

§ 3 Übertragung der für das Urteil entwickelten Grundsätze auf sonstige Titel 38
I. Anfängliches Bestehen des Anspruchs 38
II. Nachträglicher Wegfall des Anspruchs 44

§ 4 Konsequenzen der bisher erarbeiteten Aufgabenverteilung 45
I. Recht auf Vornahme der Vollstreckungsakte 45
II. Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Vollstreckungsakte 46

Zweiter Abschnitt: Prüfung der Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen 52

§ 5 Vollstreckung in Sachen 52
I. Grundsätzliche Regelung 52
II. Sonderfälle 55
III. Konsequenzen der Aufgabenverteilung 74

§ 6 Vollstreckung in Rechte 77
I. Besonderheiten gegenüber der Sachpfändung 77
II. Folgen für die Wirksamkeit der Vollstreckungsakte 81

Dritter Abschnitt: Spezialprobleme im Zusammenhang mit der bisher erarbeiteten Aufgabenverteilung 87

§ 7 Die materiellrechtliche Qualifikation des titulierten Anspruchs bei der privilegierten Vollstreckung nach §§ 850 d und 850 f II ZPO 87
I. Problem und Meinungsstand 87
II. Eigene Auffassung 89

§ 8 Partei- und Prozeßfähigkeit im Vollstreckungsverfahren 97
I. Fragestellung 97
II. Bedeutung der Partei- und Prozeßfähigkeit im Vollstreckungsverfahren 99
III. Vollstreckung von Urteilen 106
IV. Vollstreckung von sonstigen Titeln 120

Seite

§ 9 Vollstreckung des Gläubigers in die ihm gehörige, aber nach § 811 ZPO unpfändbare Sache 124
I. Lösungsversuche in Rechtsprechung und Schrifttum 126
II. Eigene Lösung 133

§ 10 Die Vollstreckung des Verkäufers in die auf Abzahlung verkaufte Sache 137
I. Auslösung der Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG 137
II. Zeitpunkt des Forderungswegfalls infolge Rücktritts 142
III. Beachtung der Besonderheiten in §§ 2, 3 AbzG 146

Vierter Abschnitt: Prüfung vollstreckungsrechtlicher Fragen durch das erkennende Gericht 150

§ 11 Berufung des Drittschuldners im sogenannten Einziehungsrechtsstreit auf die Unpfändbarkeit der überwiesenen Forderung 151
I. Bedeutung der §§ 850 ff. ZPO für den Einziehungsrechtsstreit 151
II. Lösungsgesichtspunkte in Rechtsprechung und Schrifttum 154
III. Eigene Meinung 158
IV. Differenzierung zwischen dem Fall des § 850 d und dem der §§ 850 c, 851 und 850 h ZPO 167

Literaturverzeichnis

Amend	Das öffentlichrechtliche Pfändungspfandrecht, Diss. Erlangen 1958
Arens	Streitgegenstand und Rechtskraft im aktienrechtlichen Anfechtungsverfahren, Bielefeld 1960
Bader	Zur Tragweite der Entscheidung über die Art des Anspruchs bei Verurteilungen im Zivilprozeß, Berlin 1966
Bähr, Peter	Die Heilung fehlerhafter Zwangsvollstreckungsakte, KTS 1969, 1
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 30. Aufl., München und Berlin 1970,
Baur	Fälle und Lösungen zum Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1969
ders.	Zwangsvollstreckungsrechtliche und konkursrechtliche Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz FamRZ 1958, 252
Beitzke	Zur Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten bei Gütertrennung, ZZP 68 (1955), 241
Berghaus	Der Strafrechtliche Schutz der Zwangsvollstreckung, Göttingen 1967
Berner	Die Novelle zum Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen, Rpfl. 1959, 77
Bernhardt, Jürgen	Der geisteskranke Schuldner in der Zwangsvollstreckung, Diss. Freiburg 1967
Bernhardt, Wolfgang	Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb, München 1934

Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1963
ders.	Zur Lehre vom Pfändungspfandrecht, Festgabe für Ulrich von Lübtow, Berlin 1970, S. 803
Blomeyer, Jürgen	Die Erinnerungsbefugnis Dritter in der Mobiliarzwangsvollstreckung, Berlin 1966.
ders.	Der Anwendungsbereich der Vollstreckungserinnerung, Rpfl. 1969, 279
ders.	Besprechung von Frisinger: "Privilegierte Forderungen in der Zwangsvollstreckung und bei der Aufrechnung", ZZP 82 (1969), 313
Böhm, Harald	Ungerechtsfertigte Zwangsvollstreckung und materiellrechtliche Ausgleichsansprüche, Bielefeld 1971
Boennecke	Zur Problematik des § 739 ZPO und des § 1362 BGB in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes, NJW 1959, 1260
Boetticher	Anmerkung zu BAG, MDR 1961, 800
Bonin	Der Prozeßvergleich unter besonderer Berücksichtigung seiner personellen Erstreckung, Stuttgart 1957
Bull	Verfahren und Urteil bei Klage aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung, SchlHAnz 1962, 230
Bruns, Rudolf	Zwangsvollstreckungsrecht, Berlin und Frankfurt/M. 1963
Danielczik	Fällt die Rücknahme von auf Abzahlung gekauften Gegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung unter § 5 AbzG? JW 1937, 290

Danzer	Das Gesetz über die Änderung der Pfändungsfreigrenzen MDR 1960, 549
Emmerich	Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge, ZZP 82 (1969), 425
Fries	Anmerkung zu LG Essen, MDR 1956, 236
Frisinger	Privilegierte Forderungen in der Zwangsvollstreckung und bei der Aufrechnung, Hamburg 1967
Furtner	Die Pfändung eigener Sachen des Gläubigers, MDR 1963, 445
Gaul	Zur Struktur der Zwangsvollstreckung, Rpfl. 1971, 1, 41, 81
ders.	Zulässigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschränkung, JuS 1971, 347
Geib, Otto	Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, München 1909
Geib, Peter	Die Verstrickung, Bielefeld 1969
Georgiades	Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München und Berlin 1967
Gernhuber	Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl. München und Berlin 1971
Gilles	Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zwielicht prozessualer und zivilistischer Prozeßbetrachtung, ZZP 83 (1970), 6
Goetz, Heinrich	Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsprozeß, JZ 1959, 681

Grunau	Unerlaubte Handlung und Lohnpfändung NJW 1959, 1515
Grunsky	Besprechung von Frisinger: "Privilegierte Forderungen in der Zwangsvollstreckung", FamRZ 1968, 282
Habscheid	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956
Heck	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
Hein, Arno	Ist die Arglisteinrede in den Verfahren nach §§ 766 und 765 a ZPO in der Mobiliarzwangsvollstreckung in die eigene Abzahlungssache zulässig? (ZZP 69 (1956), 231
Hein, Wolfgang	Duldung der Zwangsvollstreckung, Breslau 1911
Hellwig, Konrad	Anspruch und Klagerecht, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des deutschen Reiches, Leipzig 1900
Henckel	Parteilehre und Streitgegenstand, Heidelberg 1961
ders.	Prozeßrecht und Materielles Recht, Göttingen 1970
ders.	Besprechung von Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 8. Aufl. 1969, ZZP 84 (1971), 447
Herminghausen	Überweisung zu Eigentum gemäß § 825 ZPO und Abzahlungsgesetz, NJW 1954, 667
Hiendl	Unerlaubte Handlung und Lohnpfändung, NJW 1962, 90

Huber, Gerhard	Die Versteigerung gepfändeter Sachen, Berlin 1970
Jauernig	Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt/M. 1958
Jestaedt	Untersuchungen zum Pfändungspfandrecht, Diss. Marburg 1966
Jonas	Nochmals zur Frage der Unterwerfungserklärung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, DNotZ 1934, 812
ders.	Anmerkung zu RAG, JW 1936, 687
Knopp	Das Gesetz über die Änderung der Pfändungsfreigrenzen, FamRZ 1959, 276
Kube	Hat der Gerichtsvollzieher bei der Zustellung des Titels die Prozeßfähigkeit des Schuldners selbst zu prüfen? MDR 1969, 10
Kühne	Materiellrechtliche Einwendungen gegen Prozeßvergleich und Vollstreckungsgegenklage, NJW 1967, 1115
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1969
Lent	Das Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung, ZZP 70 (1957), 401
ders.	Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP 72 (1959), 63
ders.	Anmerkung zu AG Bergheim, JR 1953, 145
Lent-Jauernig	Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 11. Aufl. München und Berlin 1969

Lindacher	Fehlende oder irreguläre Pfändung und Wirksamkeit des vollstreckungsrechtlichen Erwerbs, JZ 1970, 360
Lüke	Zur Rechtsstellung des Drittschuldners bei der Forderungsübertragung durch Hoheitsakt, JuS 1962, 418
ders.	Pfändungsschutz und Arglisteinwand, NJW 1954, 1316
ders.	Die Prozeßführungsbefugnis, ZZP 76 (1963), 1
ders.	Zur Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, JZ 1957, 233
ders.	Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die auf Abzahlung verkaufte Sache, JZ 1959, 114
ders.	Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozeß JZ 1960, 203
ders.	Fallösung: Die unpfändbare Couch JuS 1970, 629
ders.	Die Beseitigung des Prozeßvergleichs durch Parteivereinbarung, JuS 1965, 482
Lüke-Bähr	Fallösung: Der rücksichtslose Mieter, JuS 1963, 283
Lukes	Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozeßvertreter, ZZP 69 (1956), 141
Mager	Zustellungen, Zwangsvollstreckungen und Proteste gegen Minderjährige, DGVZ 1970, 33
v.Mettenheim	Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß, Berlin 1970

Müller, Heinzjörg	Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, Berlin 1970
Mümmler	Nochmals: Zustellungen und Zwangsvollstreckungen gegen Minderjährige, DGVZ 1970, 82
Nicklisch	Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte, Bielefeld 1965
Noack	Pfändung gegen Ehegatten nach dem Gleichberechtigungsgesetz, DGVZ 1960, 56
ders.	Die Überweisung gemäß § 825 ZPO der auf Abzahlung verkauften Sache an den Verkäufer, MDR 1969, 180
Nöldecke	Die Zwangsüberweisung einer Abzahlungssache an den Abzahlungsverkäufer gemäß § 825 ZPO, NJW 1964, 2243
Ohr	Steht das Kahlpfändungsverbot des § 811 ZPO dem Gläubiger auch dann entgegen, wenn er wegen seiner Kaufpreisforderung in die verkaufte Sache vollstreckt? NJW 1954, 787
Otto	Anmerkung zu BAG, SAE 1972, 120
Petermann	Fragen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen, Rpfl. 1939, 309
Peters, Egbert	Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, Köln und Berlin 1962
Pieper	Die materielle Rechtskraft der im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehenden Beschlüsse, Diss. Heidelberg 1955

Pohle	Kann der Drittschuldner der Klage aus einem Pfändungsbeschluß die Pfändungsverbote der §§ 850 ff. ZPO entgegenhalten? JZ 1962, 344
ders.	Anmerkung zu BAG, AP Nr. 10 zu § 794 ZPO
ders.	Anmerkung zu BAG, AP Nr. 4 zu § 850 d ZPO
Reinicke, Dietrich	Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, Teil I, Betr. 1965, 961
Rimmelspacher	Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1966
ders.	Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, Göttingen 1970
Rosenberg	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. München und Berlin 1961
ders.	Die Anfechtbarkeit von Urteilen gegenüber Prozeßunfähigen oder gegenüber einer nicht durch ihren richtigen gesetzlichen Vertreter vertretenen Partei, JZ 1951, 43
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. München und Berlin 1969
Schlechtriem	Zivilrechtliche Probleme des Kraftfahrzeugbriefes, NJW 1970, 1493, 2038
Schlosser	Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeßrecht, Tübingen 1968
Schmidt, Karsten	Der Wert der Pfändungspfandrechtstheorien, JuS 1970, 545
Schmidt, Richard	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. Leipzig 1908

Schmidt-Jortzig	Die Auswirkung der Forderungsüberweisung zur Einziehung. Eine Untersuchung über die "Berechtigung zur Einziehung" bei der Forderungspfändung, Diss. Kiel 1969
Schnitzer	Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in Sachen, die auf Abzahlung geleistet worden sind, Diss. Würzburg 1966
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 8. Aufl., Karlsruhe 1969
Schwab	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München und Berlin 1954
Schwinge	Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht, Berlin, Mannheim und Leipzig 1930
Serick	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd.I, Der einfache Eigentumsvorbehalt, Heidelberg 1963
Seuffert	Die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten nach der neuen Zivilprozeßordnung, Gruchot 43, 133
Steif	Die Ausschaltungsbefugnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Dispositionsfreiheit der Parteien im Zivilprozeß, Diss. Frankfurt/M 1969
Stehle	Gesetz zur Änderung der Pfändungsfreigrenzen, BB 1959, 236
Stein	Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl. Tübingen 1956 ff., bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle, zit: Stein-Jonas-Pohle

Stein-Jonas	19. Aufl., §§ 1-794, neugestaltet von Rudolf Pohle u.a. Tübingen 1964 ff., zit: Stein-Jonas-Bearbeiter
Sternberg	Die vollstreckbare Urkunde, Festschrift für Oberneck, Berlin 1930, 34
Stöber, Kurt	Die Forderungspfändung, Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, 2. Aufl., Bielefeld 1968
Student	Das Pfändungsverbot des § 865 II 1 ZPO, Diss. Tübingen 1969
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, 5. Aufl., München und Berlin 1971
Wagner, Heinz	Die Abgrenzung von Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff, NJW 1967, 2333
Walsmann, Hans	Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte und in das Gesamtgut, Leipzig 1911
Wangemann	Pfändungsschutz und Arglist bei der Zwangsvollstreckung in Sicherungs- und Vorbehaltseigentum, MDR 1953, 593
ders.	Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache, NJW 1952, 1318
ders.	Die Bedeutung des § 5 AbzG für den Zuweisungsantrag gemäß § 825 ZPO NJW 1956, 732
Weigelin	Pfändungspfandrecht an Forderungen nach heutigem deutschen Recht, Stuttgart 1899
Weber, Hans	Die Zwangsvollstreckung in Mobilien nach dem Gleichberechtigungsgesetz, Rpfl. 1959, 179

Werner	Die Rechtsnatur der notariellen Unterwerfungsklausel, DNotZ 1969, 713
Wessel	Der Unpfändbarkeitseinwand des Drittschuldners gegenüber der Klage des Pfändungs- und Überweisungsgläubigers, ZZP 61, 62
Wetzell	System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Bde. I bis VII, Berlin 1957-1963
Wolff, Hans-Julius	Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 8. Aufl., München und Berlin 1971
Zain	Anmerkung zu KG, DNotZ 1934, 596
Zieres	Grundfragen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von unvertretbaren Handlungen, Duldungen und Unterlassungen (§§ 888, 890 ZPO), Diss. Saarbrücken 1970
Zöller	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Richard Zöller, bearbeitet von Degenhart, Karch, Scherübl, Stephan, 10. Aufl., München 1968, zit.: Zöller-Bearbeiter

Protokolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Bd. XI (1865)

Hahn-Segemann	Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben, 2. Aufl. 1883

Mugdan — Die gesammtelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. IV, 1899

Den verwendeten Abkürzungen liegt das Abkürzungsverzeichnis der Zeitschrift "Juristische Schulung", 10. Jahrgang 1970, S. XXXIX ff. zugrunde.

Einleitung

I. Im gemeinen Zivilprozeß herrschte das Dogma, daß die richterliche Amtsgewalt entscheidende und ausführende Tätigkeit in sich vereinige, ja daß die richtliche Amtsgewalt gar nicht ohne Einbeziehung des Zwanges gedacht werde könne[1]. Die Vorstellung, daß das Gericht die Vollstreckung seiner eigenen Erkenntnisse nicht aus der Hand geben könne, spielte auch noch bei der Beratung des sog. Hannöverschen Entwurfs einer allgemeinen Zivilprozeßordnung von 1864 eine erhebliche Rolle[2]. Es setzte sich jedoch schließlich mit knapper Mehrheit der aus dem französischen Rechtssystem übernommene Gedanke einer "Beschränkung des Richteramtes auf die Streitentscheidung" unter Befreiung von allen anderen mit dem Prozeß verbundenen Geschäften durch. Diese Idee wurde dann auch 1877 in die ZPO übernommen[3].

Entscheidend für diese Übertragung der Vollstreckungsgewalt auf besondere Organe war die praktische Erfahrung mit dem gemeinrechtlichen System der Vollstreckung[4]. Dieses System hatte die Vollstreckung schwerfällig und unwirtschaftlich gemacht. Um diese Schwerfälligkeit zu beseitigen, übernahm man das im Rheinland seit langem erprobte Gerichtsvollzieherwesen. Hierin sah man eine bessere Gewähr für einen unmittelbaren, raschen und energischen Vollstreckungszugriff[5].

---

1) Wetzell, System, S. 514 f., 601 f.
2) Hannöversche Protokolle, Bd. XI, S. 4058, 4140
3) Hahn, Materialien, S. 137, 220
4) Hahn, Materialien, S. 422
5) Hahn, Materialien, S. 433

Die Übertragung der Zwangsvollstreckung auf andere Organe als das Gericht des Erkenntnisverfahrens brachte es aber notwendig mit sich, daß bei der Verteilung der Aufgaben zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht Probleme auftauchten. Dies hatten auch die Verfasser der ZPO erkannt. So hieß es in der Begründung zum Entwurf der ZPO: "Es leuchtet ein, daß bei Aufgabe der einheitlichen Leitung der Vollstreckung von einem Mittelpunkt aus (d.h. dem erkennenden Gericht) andere Garantien nötig werden, durch welche eine feste Ordnung des Verfahrens erzielt und Verwirrungen vorgebeugt wird"[6]. Eine wichtige Garantie für eine solche Ordnung ist die sachgerechte Verteilung der Aufgaben zwischen erkennendem Gericht und Vollstreckungsorgan. Sie gewährleistet ein ökonomisches Vollstreckungsverfahren, verhindert die Gefahr widersprechender Entscheidungen und dient damit der Rechtssicherheit. Mit dieser Aufgabenverteilung wird sich die vorliegende Untersuchung beschäftigen.

Bisher sind in Schrifttum und Rechtssprechung zwar schon einzelne Probleme der Aufgabenverteilung erkannt und behandelt worden. Eine Untersuchung, die diese Probleme aber einmal zusammenhängend betrachtet, fehlt. Aus diesem Grunde bin ich der Anregung gern gefolgt, diese Untersuchung im Rahmen einer Dissertation durchzuführen.

---

6) Hahn, Materialien, S. 424

Erstrebtes Ziel meiner Arbeit war zunächst, ein allgemeines dogmatisches Prinzip aufzuspüren, das den entscheidenden Ansatz zur Lösung aller auftauchenden Probleme enthält. Ich mußte jedoch feststellen, daß ein derartiges Prinzip nicht existiert, es vielmehr viele spezielle, und völlig verschiedenartige Gesichtpunkte sind, die bei der Entscheidung der Einzelfragen der Aufgabenverteilung Bedeutung gewinnen. So ergibt sich z.B. die Lösung mancher Probleme notwendig aus dem von der ZPO eingeführten System der Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren und dem damit verfolgten Ziel der Verbesserung der Effizienz der Vollstreckung. Einen weiteren mehrfach entscheidungserheblich werdenden Lösungsansatz bietet das hiermit zusammenhängende Bestreben des Vollstreckungsrechts, die Zulässigkeit der Vollstreckung von äußerlich erkennbaren, d.h. "formalisierten" Tatbeständen abhängig zu machen. Bei anderen Fragen wiederum liegt der ausschlaggebende Lösungsgesichtspunkt in den verschiedenen Bindungswirkungen gerichtlicher Entscheidungen. Und ein Teil der Probleme schließlich läßt sich nur mit Zweckmäßigkeitserwägungen bewältigen.

Aus dieser Erkenntnis der Vielfalt der Gesichtspunkte heraus habe ich darauf verzichtet, meiner Arbeit einen allgemeinen Teil voranzustellen, in dem die dogmatischen Grundlagen für die im besonderen Teil behandelten Einzelprobleme erarbeitet werden. Ich habe vielmehr die Lösung jedes Einzelproblemes aus sich heraus entwickelt und, soweit dies überhaupt möglich war, durch Querverbindungen auf Gemeinsamkeiten innerhalb der verschiedenen Problemkreise aufmerksam gemacht.

II. Begonnen habe ich meine Untersuchung mit der Aufgabenverteilung innerhalb des Vollstreckungsrechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner. Die zentrale Frage der Aufgabenverteilung im Rahmen dieses Verhältnisses liegt darin, wer den Bestand des materiellrechtlichen Anspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner zu prüfen hat. Dieses Problem habe ich zunächst am Beispiel der Vollstreckung aus Urteilen entwickelt, da sie der gesetzgeberische Modellfall der Vollstreckung ist (vergl. § 704 ZPO).

Zurecht ist anerkannt, daß die Prüfung des anfänglichen Bestandes des Anspruchs nicht zum Aufgabenbereich der Vollstreckungsorgane gehört[7]. Sie ist allein dem erkennendem Gericht vorbehalten, das seine Feststellung über das Bestehen des Anspruches im Urteil "verbrieft". Nicht eingehend untersucht ist bisher aber, worin der Grund für diese Aufgabenverteilung liegt und wie sie konstruktiv herbeigeführt ist. Mit diesen Fragen beschäftigt sich die Arbeit in ihrem ersten Teil.
Im Anschluß daran wird geprüft, von wem der erst nach Urteilserlaß eingetretene Wegfall des Anspruchs zu prüfen ist. Diese Frage hat das Vollstreckungsrecht insoweit beantwortet, als es in § 767 ZPO Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch in eine besondere Klage vor das Prozeßgericht verweist. Zu fragen ist aber, ob es nicht Sonderfälle gibt, bei denen die Erhebung einer besonderen Klage vor dem erkennendem Gericht entbehrlich ist und das Erlöschen des Anspruchs unmittelbar vom Vollstreckungsorgan beachtet werden darf.

---

7) Stein - Jonas - Münzberg, Anm. II, 2 vor § 704; Rosenberg, § 170 III

Sodann ist zu untersuchen, ob sich die für die Vollstreckung von Urteilen erarbeiteten Ergebnisse auch auf sonstige Titel, vor allem also auf die von den Parteien geschaffenen Prozeßvergleiche und vollstreckbaren Urkunden übertragen lassen.

Zum Schluß des ersten Abschnitts zeige ich die Konsequenzen der bisher behandelten Aufgabenverteilung für die Wirksamkeit der Vollstreckungsakte auf.

Der zweite Abschnitt untersucht die Aufgaben, die dem erkennenden Gericht bzw. dem Vollstreckungsorgan innerhalb des Verhältnisses zwischen Gläubiger und dem Dritten zugewiesen sind, der durch Vollstreckung in seinem materiellen Recht am Vollstreckungsobjekt betroffen ist. In ihm wird die Frage erörtert, inwieweit die Zugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum Schuldnervermögen durch die Vollstreckungsorgane zu prüfen ist. Auch diese Frage ist vom Gesetzgeber im Grundsatz dadurch entschieden, daß der Dritte in § 771 ZPO zur Geltendmachung seines Rechts auf eine Klage vor dem Prozeßgericht verwiesen wird. Die Vorschriften, die die Vollstreckung in Objekte regeln, an denen mehrere Personen berechtigt sind, nämlich die §§ 737, 740 II, 743, 747, 748 II ZPO, geben jedoch Anlaß, die generelle Geltung des in § 771 ZPO erkennbaren Grundsatzes zu bezweifeln. So heißt es z.B. in § 740 Abs. II ZPO, daß die Zwangsvollstreckung in das von den Ehegatten gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut nur zulässig ist, wenn beide Ehegatten zur Leistung verurteilt sind. Aus dieser Vorschrift könnte geschlossen werden, daß die Mitberechtigung des Ehegatten eines Schuldners am Vollstreckungsobjekt vom Vollstreckungsorgan stets geprüft werden muß.

Schließlich soll in diesem Rahmen noch untersucht werden, ob sich bei der Vollstreckung in Rechte nicht ganz allgemein Besonderheiten daraus ergeben, daß bei ihr anders als bei der Vollstreckung in Sachen das Vollstrekkungsgericht nicht an äußerlich erkennbare Merkmale (§ 808 ZPO, § 17 ZVG) anknüpfen kann, die eine Vermutung für die Zugehörigkeit der Vollstreckungsobjekte zum Schuldnervermögen begründen.

Der dritte Abschnitt behandelt sodann Spezialprobleme, die mit den bisher behandelten Grundfragen der Aufgabenverteilung zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht eng zusammenhängen, so z.B. die Frage, ob bei der nach § 850 d und § 850 f II ZPO erfolgenden privilegierten Vollstreckung wegen Ansprüchen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung bzw, gesetzlich geschuldetem Unterhalt die erforderliche rechtliche Einordnung des Anspruchs vom Vollstreckungsorgan selbst oder nur vom erkennenden Gericht vorgenommen werden darf.

Des weiteren, ob eine ähnliche Aufgabenverteilung wie bei der Prüfung des materiellen Gläubigeranspruchs auch hinsichtlich der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen gilt, von deren Vorliegen die zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs abhängt. Dies sind vor allem die Partei- und Prozeßfähigkeit.

Probleme der Aufgabenverteilung tauchen schließlich auch bei der Zwangsvollstreckung des Gläubigers in die ihm gehörige, aber nach § 811 ZPO unpfändbare Sache und im Rahmen der Vollstreckung des Verkäufers in die auf Abzahlung verkaufte Sache auf.

In den vorgenannten 3 Abschnitten wird die Aufgabenverteilung zwischen erkennendem Gericht und Vollstreckungsorgan stets aus der Sicht des letzteren betrachtet. Es wird untersucht, welche im Rahmen der Zwangsvollstreckung bedeutsamen Fragen nicht von dem Vollstreckungsorgan selbst, sondern vom erkennendem Gericht in einem Klageverfahren zu prüfen sind. Im letzten Abschnitt wird gewissermaßen die Kehrseite dieser Fragestellung behandelt werden, nämlich ob und inwieweit das erkennende Gericht gehindert ist, bestimmte Fragen zu prüfen, weil deren Prüfung allein den Vollstreckungsorganen zugewiesen ist.

Erster Abschnitt: Prüfung des Bestehens des durchzusetzenden Anspruchs

§ 1 Die anfängliche Existenz des Anspruchs bei der Vollstreckung aus Urteilen

I. Feststellung der Prüfungskompetenz

Die Zwangsvollstreckung dient der Durchsetzung von Gläubigeransprüchen im Wege staatlichen Zwanges[8]. Vergeblich sucht man jedoch im 8. Buch der ZPO nach einer Norm, welche die Vornahme der Vollstreckungsakte vom Bestehen eines materiellen Anspruches des Vollstreckungsgläubigers gegen den Schuldner abhängig macht. Aus § 704 ZPO scheint sich eher das Gegenteil zu ergeben. Dort heißt es nämlich, daß die Zwangsvollstreckung aus Endurteilen stattfindet, die rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind. Nachdem in dem zu diesen Urteilen führenden Erkenntnisverfahren der Anspruch des Gläubigers festgestellt worden ist, wäre es aber schon aus Gründen der Prozeßökonomie wenig sinnvoll, das Vollstreckungsorgan nochmals die Existenz des im Urteil verbrieften Anspruches prüfen zu lassen. Gegen eine solche Prüfungskompetenz spricht auch § 775 Nr. 1 ZPO i.V.m. § 776 ZPO. Diese Vorschriften ordnen an, daß erst die Vorlage der Ausfertigung einer das zu vollstreckende Urteil aufhebenden Entscheidung zu einer Einstellung bzw. Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen führt.

---

8) Stein, Grundfragen, S. 11; Rosenberg, § 169 I 1, § 170 III 2; Gaul, Rpfl. 1971,1; Stein-Jonas-Münzberg, Anm. I vor § 704; Bruns, ZVStrR, § 19 III 2; Lent-Jauernig, ZVStR, § 1 I; Schönke-Baur, § 1 I; a.A. Böhm, Ungerechtfertigte Vollstreckung, S. 30 ff, der davon ausgeht, daß die Vollstreckung nicht der Durchsetzung des Anspruchs, sondern des Titels dient.

Hieraus läßt sich schließen, daß das Vollstreckungsorgan an die Feststellung des Gläubigeranspruchs durch das erkennende Gericht gebunden sein soll.

Fragt man nach den Gründen für diese Bindung, so stößt man sofort auf die von ZPO eingeführte Übertragung der Vollstreckungsaufgaben auf besondere Organe, d.h. auf die funktionelle Trennung von Vollstreckungs- und Erkenntnisverfahren. Diese Trennung hatte ihren Sinn darin, die Vollstreckung durchschlagskräftig zu machen, indem sie das eigentliche Vollstreckungsverfahren von Beweisaufnahmen und rechtlichen Beurteilungen möglichst entlastete. Bewirkt wurde diese Entlastung dadurch, daß die Feststellung der "Vorbedingungen" der Vollstreckung, d.h. vor allem der Existenz des durchzusetzenden Anspruchs, von dieser selbst technisch abgesondert und dem Prozeßgericht anvertraut wurde. Die Kehrseite dieser Absonderung ist, daß sich die Vollstreckungsorgane an das Ergebnis der erkenntnisgerichtlichen Prüfung zu halten haben[9].

Diese Bindungswirkung der Entscheidung des erkennenden Gerichts ist auch dann sinnvoll, wenn es, wie in §§ 887 ff. ZPO, seine Entscheidung selbst vollstreckt. Funktionell ist in diesem Fall die Trennung von Vollstreckungs- und Erkenntnisinstanz nämlich auch durchgeführt. Und gerade diese Funktionstrennung ist es, die die Bindung fordert. So heißt es auch in der Begründung zu §§ 887 ff.: "Die zu treffende Entscheidung

---

9) Richard Schmidt, § 138 I; hierzu heißt es in den Motiven: "Die Erhebung der Ausfertigung des Urteils zu der Bedeutung einer formell selbständigen Grundlage der Zwangsvollstreckung ist bei der Absonderung der letzteren von den Funktionen des Prozeßgerichts unvermeidlich" (Hahn, S. 433).

beruht wesentlich auf einer fortgesetzten Beurteilung des Hauptrechtsstreites und ist deshalb dem Prozeßgericht überwiesen. Sie hat jedoch in dem zu vollstreckenden Urteil ihre unabänderliche Grundlage"[10].

II. Dogmatische Begründung

Ungeklärt ist nach den vorstehenden Überlegungen jedoch, wie sich diese aus der Verteilung der Aufgaben zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht notwendig ergebende Bindungswirkung des zu vollstreckenden Urteils dogmatisch begründen läßt, d.h. welche Urteilswirkung diese Bindung auslöst.

1. Soweit sich die Literatur überhaupt um eine dogmatische Begründung bemüht, wird auf die materielle Rechtskraft der Entscheidung über den titulierten Anspruch verwiesen, die auch vom Vollstreckungsorgan zu beachten sei[11]. Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, daß sie die Bindungswirkung von noch nicht formell rechtskräftigen, also nur vorläufig vollstreckbaren Urteilen, nicht erklären kann[12]. Eine unterschiedliche Begründung der Bindungswirkung von rechtskräftigen und vorläufig vollstreckbaren Urteilen ist aber in Anbetracht der in § 704 ZPO vorgenommenen Gleichstellung dieser Titel nicht überzeugend. Doch wäre dieses Bedenken weniger schwerwiegend, wenn im Vollstreckungsverfahren auch die vorläufig vollstreckbaren Urteile

---

10) Hahn, S. 467 f.

11) Gaul, Rpfl. 1971,90 bei Fußn. 384; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 88 V 1; Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, § 5 1 2 a.

12) Dies gesteht auch Gaul, a.a.O., selbst zu.

eine der Rechtskraftwirkung vergleichbare Feststellungswirkung besäßen.

Eine solche Wirkung könnte man zunächst aus der Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ableiten. Diese Anordnung bewirkt, daß ein nicht rechtskräftiges Urteil im Vollstreckungsverfahren einem rechtskräftigen gleichgestellt wird. Diese Gleichstellung hat aber nicht zur Folge, daß alle Wirkungen, die rechtskräftige Urteile auslösen, im Vollstreckungsverfahren auch den vorläufig vollstreckbaren zukommen. Durch die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit erhält das nicht rechtskräftige Urteil nur die Vollstreckungswirkung des rechtskräftigen, nicht aber dessen sonstige Wirkungen, wie z.B. die der materiellen Rechtskraft.

Eine der Rechtskraftbindung ähnliche Wirkung des vorläufig vollstreckbaren Urteils gegenüber den Vollstreckungsorganen läßt sich aber möglicherweise aus der innerprozessualen Bindungswirkung des § 318 ZPO herleiten[13]. Diese Bindungswirkung nicht rechtskräftiger Urteile ist in ihrem objektiven Umfang mit dem der materiellen Rechtskraft identisch[14]. Mit ihr könnte man also eine Bindung des Vollstreckungsorgans an die Feststellung des Anspruchs durch das erkennende Gericht in nur vorläufig vollstreckbaren Urteilen begründen, wenn man die Vollstreckungsorgane als Adressat der Bindungswirkung ansähe.

---

13) Eine solche Bindung schlägt Grunsky, FamRZ 1968, 289, bei der Frage vor, ob die Entscheidung des erkennenden Gerichts über das Vorliegen einer Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung das Vollstreckungsorgan im Rahmen des § 850 f II ZPO bindet; ähnlich Bader, Entscheidung, S. 124; und Stein-Jonas-Pohle, § 850 f, Anm. I 1 a, Fußn. 3 e; zu diesem Problemkreis vgl. unten § 7.

14) Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 304, Anm. III 3 i.V. m. § 318, Anm. III; Rosenberg-Schwab, S. 283; Götz, JZ 1959, 681, 685, 687.

Doch kann diese Frage dahinstehen[15]; denn die innerprozessuale Bindungswirkung ist nicht als Begründung dafür geeignet, den Vollstreckungsorganen die Überprüfung der Existenz des Anspruchs zu versagen. Sie kommt nur dann zum Tragen, wenn die bindend festgestellte Rechtsfolge an sich im Zweitverfahren zu prüfen ist. Dies ist hier aber nicht der Fall. Der Anspruch, der im Erkenntnisverfahren festgestellt wurde, ist im Vollstreckungsverfahren nicht zu prüfen. Die Vollstreckung ist völlig von ihm gelöst. Sie knüpft in § 704 ZPO nicht an den Anspruch, sondern an ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbares Urteil an.

2. Die dogmatische Begründung für das Verbot der Überprüfung der anfänglichen Existenz des Anspruchs läßt sich somit nur aus einer Tatbestandswirkung des Urteils herleiten[16]. Von einer solchen spricht man, wenn eine bestimmte Rechtsfolge an den Erlaß eines Urteils geknüpft ist. Der wesentliche Unterschied zwischen der Tatbestandswirkung und der materiellen Rechtskraftwirkung in dem hier interessierenden Fall der Präjudizialität liegt also darin, daß diese nur eingreift, wenn die im bindenden Urteil festgestellt rechtliche Beziehung Voraussetzung der Anwendbarkeit einer Rechtsnorm ist, während bei jener nicht die rechtliche Beziehung, sondern das Urteil selbst Tatbestandsmerkmal ist[17].

---

15) vgl. dazu § 8 III.

16) vgl. zur Tatbestandswirkung Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, Anm. II 5; Nicklisch, Bindungswirkung, S.41 f., der sie Nebenwirkung nennt.

17) J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S.36, Fußn.77, spricht von einer auf die Zwangsvollstreckung ausgerichteten Gestaltungswirkung des Urteils in Form des Leistungsbefehls. Damit meint er wohl genau das, was hier als Tatbestandswirkung bezeichnet wird. Die Tatbestandswirkung unterscheidet sich von der Gestaltungswirkung dadurch, daß diese im Urteil besonders ausgesprochen wird, während auf jene im Urteil nicht ausdrücklich abgezielt ist.

Grundlage der Zwangsvollstreckung ist also nach der Struktur unseres Vollstreckungsrechtssystems nicht der materielle Anspruch des Gläubigers, sondern ein in die Form einer öffentlichen Urkunde gekleideter Vollstreckungstitel[18]. Diese Erscheinung ist zugleich Ausdruck eines der wichtigsten Grundsätze des gesamten Vollstreckungsrechtes, nämlich der Formalisierung der Vollstreckungsvoraussetzungen[19]. Dieser Grundsatz besagt, daß die

---

18) Der Titel reicht also entgegen der Auffassung Blomeyers, Rpfl. 1969, 285 ff., nicht deshalb als Vollstreckungsgrundlage aus, weil er eine Vermutung für die anfängliche Existenz der Forderung begründet. Eine solche bloße Vermutung würde nämlich voraussetzen, daß das anfängliche Bestehen des Anspruches an sich Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist.
Gänzlich unrichtig ist es schließlich zu behaupten, der Titel liefere für das Vollstreckungsverfahren den Beweis für das Bestehen des zu vollstreckenden Anspruchs (Bernhardt, Vollstreckungsbetrieb, S. 39) oder mache diesen prima-facie wahrscheinlich (vgl. die bei Stein-Jonas-Münzberg, vor § 704, Anm.II 2, Fußn. 40 zitierten). Abgesehen davon, daß mit Ausnahme des in § 293 ZPO geregelten Falles Gegenstand des Beweises nur Tatsachen und nicht Rechte sein können, geht diese Auffassung sogar expressis verbis davon aus, die Existenz des Anspruchs sei Voraussetzung der Zwangsvollstreckung. Das Vollstreckungsverfahren hat sich aber vollkommen von der anfänglichen Existenz des Anspruchs gelöst. Im Sinne der Zwangsvollstreckung ist nicht mehr der Anspruch durch die Vollstreckung erzwingbar, sondern bei Gerichtsurteilen der staatliche Leistungsbefehl.

19) Henckel, Prozeßrecht, S. 242, 252 ff.; zusammenfassend S. 421 ff.; Gaul Rpfl. 1971,90 bei FN 382; Bruns, § 5 I 2; § 25 IV 3 a bb; der Ausdruck Formalisierung geht zurück auf Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, § 133, III.

Tatbestände, die die Vollstreckbarkeit eines materiellen Anspruches begründen und die deshalb vom Vollstreckungsorgan geprüft werden müssen, sich durchweg in äußerlich erkennbaren, leicht feststellbaren Merkmalen, vor allem in öffentlichen Urkunden niederschlagen. Der Grundsatz der Formalisierung dient vor allem den Interessen des Gläubigers, aber auch denen des Schuldners. Dem Gläubiger wird ermöglicht, das Vollstreckungsverfahren zügig durchzuführen; dem Schuldner wird garantiert, daß jeder Vollstreckungsakt überprüft werden kann[20]. Schließlich dient er auch den Interessen des Staates bzw. seiner Vollstreckungsorgane. Ihre Aufgaben werden erleichtert, wenn die Rechtsmäßigkeit ihres Verhaltens nur von äußerlich erkennbaren Tatbeständen abhängig ist.

---

20) Eine ähnliche Formalisierung eines Verfahrens durch äußerlich erkennbare Urkunden kennt das Grundbuchverfahren mit den sog. formellen Konsensprinzip. Auch dort ist das Erfordernis der Schnelligkeit der Eintragungsvorgänge der Grund für die Formalisierung der Eintragungsvoraussetzungen (vgl. Heck, Sachenrecht, S. 148 ff.).

§ 2 Das nachträgliche Erlöschen des im Urteil titulierten Anspruchs

I. Normalfall des § 767 ZPO

1. Eine Abhängigkeit der Vollstreckung vom Fortbestehen des Anspruchs glaubte man früher aus §§ 775 Nr. 4 u. 5 ZPO entnehmen zu können[21]. Nach diesen Vorschriften ist die Vollstreckung einzustellen oder aufzuheben, wenn eine Urkunde vorgelegt wird, aus der sich ergibt, daß der Gläubiger nach Erlaß des zu vollstreckenden Urteils befriedigt worden ist. Hieraus könnte man folgern, die Vorname der Vollstreckung sei vom Fortbestehen des Anspruchs abhängig. Gerade umgekehrt könnte man aber auch aus der Tatsache, daß nur die Erfüllung und diese wiederum nur aufgrund der Vorlage einer sie beweisenden Urkunde berücksichtigt wird, geschlossen werden, daß in sonstigen Fällen das Fortbestehen des titulierten Anspruchs nicht zu prüfen ist. Der Streit um die Möglichkeit einer Analogie bzw. eines argumentum e contrario aus § 775 Nr. 4 und 5 ZPO kann jedoch dahinstehen. Aus der in § 776 ZPO angeordneten Rechtsfolge dieser Vorschriften ergibt sich nämlich, daß dem durch die Befriedigung eintretenden Erlöschen des Anspruchs jedenfalls nicht die Wirkung beigemessen wird, daß die Vollstreckung unzulässig wird. Denn nach § 776 ZPO ist die Einstellung der Zwangsvollstreckung nur eine einstweilige. Es dürfen nicht einmal die bereits erfolgten Maßnahmen aufgehoben werden; sie bleiben zunächst bestehen. Dieses "zunächst" kann aber nur bedeuten, daß sie bis zur Feststellung der Erfüllung durch das hierfür zuständige Gericht bestehen bleiben.

---

21) Vgl. die Nachweise bei Stein, Grundfragen, S. 16; in letzter Zeit nur noch LG Traunstein, NJW 1963, 53.

Dies ist das Prozeßgericht des ersten Rechtszuges, also das erkennende Gericht. Nach § 767 ZPO können bei ihm die Einwendungen geltend gemacht werden, die den durch Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen (§ 767 I ZPO), soweit sie nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens entstanden sind, in dem der Titel geschaffen wurde (§ 767 II ZPO)[22]. Ist aber der Einwand des Erlöschens des materiellen Anspruchs vor dem Prozeßgericht in einem besonderen hierfür vorgesehenen Erkenntnisverfahren zu erheben, so wäre schlecht einzusehen, weshalb das Vollstreckungsorgan ihn gleichzeitig im Vollstreckungsverfahren berücksichtigen sollte. Bestätigt wird die alleinige Prüfungskompetenz des Prozeßgerichts durch § 775 Nr. 1 i.V.m. § 776 ZPO. Danach ist die Zwangsvollstreckung u.a. einzustellen und die Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben, wenn die Ausfertigung einer nach § 767 ZPO ergangenen vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird. Hieraus läßt sich schließen, daß vor der Vorlage einer solchen Entscheidung die Zwangsvollstrekkung nicht unzulässig ist.

2. Im folgenden soll nun nach den dogmatischen Gründen für diese Aufgabenverteilung gefragt werden.

a) In der Literatur wird hierzu vorgebracht, das Vollstreckungsorgan sei mit der Prüfung des Wegfalls der titulierten Forderung überfordert[23]. Diese Überlegung ist aus zweierlei Gründen bedenklich.

---

22) Vgl. hierzu ausführlich Gilles, ZZP 83, 87 ff.

23) Henckel, Prozeßrecht, S. 254; Gaul Rpfl. 1971,91 nach Fußn. 394.

Einmal geht sie davon aus, daß der Gesetzgeber zuerst die Organe und sodann nach deren Befägigung die von ihnen wahrzunehmenden Aufgaben bestimmt habe. Naheliegender aber ist es, daß der Gesetzgeber zunächst die in einem bestimmten Verfahren vorzunehmenden Aufgaben aus sachlichen Erwägungen festgelegt und danach unter Berücksichtigung dieser Aufgaben die dafür geeigneten Organe ausgesucht hat[24]. Die Befähigung der Organe erlaubt zwar einen Rückschluß auf ihre Prüfungskompetenz, kann aber nicht als ihr innerer Grund angesehen werden. Zum anderen kann man zwar die sachliche Qualifikation des Gerichtsvollziehers bezweifeln; dem Vollstreckungsrichter oder dem Prozeßrichter, die die Vollstreckung nach §§ 828 ff. bzw. §§ 887 ff. ZPO vornehmen, kann dagegen die Befähigkeit, den Wegfall der titulierten Forderung zu überprüfen, nicht abgesprochen werden[25].

b) Der Innere Grund für die Funktionsverteilung wird u.a. auch darin gesehen, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten biete, um die typischerweise schwierigen materiellrechtlichen Fragen zu prüfen, die mit dem Wegfall des titulierten Anspruchs zusammenhängen. Sie gehören in das Erkenntnisverfahren, das aufgrund seiner Gestaltung eine größere Gewähr für eine richtige Entscheidung biete[26]. Das Vollstreckungsverfahren sei formlos und in aller Regel auch nicht öffentlich. Vor allem sehe es aber keine

---

24) So ist z.B. aus den Motiven zu entnehmen, daß der Gesetzgeber den Vollstreckungsrichter mit der Forderungspfändung betraut hat, weil diese als besonders schwierig angesehen wurde (vgl. Hahn, Materialien, S. 457).

25) Daß die Vollstreckung nach §§ 828 ff. ZPO heute dem Rechtspfleger anvertraut ist, entkräftigt dieses Argument nicht, da der Rechtspfleger nach der Intention des Rechtspflegergesetzes fachlich in der Lage ist, gewisse Richteraufgaben wahrzunehmen.

26) Lüke, JuS 1962, 418, Fußn.20; Gaul, Rpfl. 1971,S.90 vor Fußn. 394.

notwendige mündliche Verhandlung vor; im Forderungs- und Rechtspfändungsverfahren (§ 834 ZPO) sei noch nicht einmal das rechtliche Gehör des Schuldners vorgeschrieben (vgl. dagegen §§ 844 II, 891 S. 2 ZPO). Hinzufügen könnte man noch, daß eine Auffassung in der Literatur davon ausgeht, daß das Vollstreckungsverfahren auch keinen Strengbeweis erfordere, sondern sich mit dem sog. Freibeweis begnüge[27].

Diese Argumentation ist schon deshalb wenig überzeugend, weil nicht sicher ist, daß die Verfahrensgarantien, die dem Vollstreckungsverfahren fehlen, notwendige Voraussetzungen einer Entscheidung über materielles Recht sind. Wie bereits § 128 II ZPO zeigt, ist z.B. eine notwendige mündliche Verhandlung nicht Voraussetzung einer Entscheidung über materiellrechtliche Fragen. Auch die Einseitigkeit des Vollstreckungsverfahrens hindert eine Entscheidung über materielles Recht nicht, wie das Versäumnisverfahren nach §§ 330 ff. ZPO beweist. Ähnliches gilt auch für die Frage, ob eine Entscheidung über materiellrechtliche Fragen nicht daran scheitert, daß das Vollstreckungsverfahren keinen Strengbeweis verlangt. Zwar wird der Freibeweis im Klageverfahren nur für die prozessual erheblichen Tatsachen zugelassen, die materiellrechtlich erheblichen Tatsachen dagegen müssen streng bewiesen werden[28]. Dies spräche dafür, daß der Freibeweis nur dort angewendet werden kann, wo nicht materielle, sondern prozessuale Fragen streitig sind. Jedoch lassen sich prozessual und materiellrechtlich bedeutsame Tatsachen überhaupt nicht klar unterscheiden[29]. Sind aber die Grenzen zwischen

---

27) Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, § 13 III; Hein, Duldung, S. 329 m.w.Nachw.; KG, OLG 13,93; a.A. Baumbach-Lauterbach, § 766, Anm.IV 4 A;, Schönke-Baur, § 41 III 3; Stein-Jonas-Münzberg, § 766, Anm. III 3; Peters, Freibeweis, S. 173 m.w.Nachw.

28) Vgl. die Nachweise bei Peters, Freibeweis, S. 77 ff.

29) Peters, Freibeweis, S. 85 ff.

prozessual und materiell erheblichen Tatsachen fließend, so läßt die Zulässigkeit des Freibeweises auch keinen sicheren Schluß darauf zu, ob in einem Verfahren die Prüfung materiellen Rechts gestattet ist[30].

Abgesehen von diesen sachlichen Bedenken kann man die Verfahrengestaltung aber auch aus methodischen Gründen nicht als Grund dafür ansehen, daß der nachträgliche Wegfall des Anspruches im Vollstreckungsverfahren nicht zu prüfen ist[31]. Das Verfahrensrecht ist dienendes Recht. Daraus ergibt sich, daß man aus der Gestaltung des Vollstreckungsverfahrens allenfalls den Rückschluß auf die in ihm zu prüfenden Fragen ziehen kann; Sie ist aber nicht der Grund für die Prüfungszuständigkeit der Vollstreckungsorgane.

c) Der innere Grund dafür, daß die Vollstreckungsorgane den Wegfall des titulierten Anspruchs nicht zu prüfen haben, liegt m.E. nur darin, daß diese rechtlich und tatsächlich schwierige Prüfung den Vollstreckungsablauf stören und aufhalten und damit den Interessen des Gläubigers und der Allgemeinheit an der Durchschlagskraft

---

30) Vgl. in diesem Zusammenhang die interessante Überlegung von Peters, Freibeweis, S. 174; Da der Freibeweis nach allgemeiner Meinung nur für prozessual bedeutsame Tatsachen Geltung beanspruchen könne, im Verfahren nach § 766 ZPO aber auch meteriellrechtliche Tatsachen geprüft würden (Peters bringt als Beispiel zu Unrecht das Pfändungspfandrecht), sei die Auffassung widerspruchsvoll, die behaupte, im Erinnerungsverfahren sei der Freibeweis zulässig.

31) Ebenso argumentiert J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 143, m.E. zurecht, gegen die Auffassung der h.M., Beschlüsse im Zwangsvollstreckungsverfahren seien nicht der materiellen Rechtskraft fähig, weil das Verfahren nicht die notwendigen Garantien für die Richtigkeit der in ihm ergehenden Entscheidungen besäße.

der Zwangsvollstreckung entgegenstehen würde[32]. Das Vollstreckungsrecht hat der Effizienz der Zwangsvollstreckung den Vorrang gegeben vor den Interessen des Schuldners an einer Prüfung des nachträglichen Wegfalls des titulierten Anspruchs. Der Schuldner kann seine Belange nur dadurch wahrnehmen, daß er die materiell rechtswidrige Vollstreckung auf dem Wege der §§ 769, 767 ZPO verhindert[33].

Somit ist das Verbot der Prüfung des nachträglichen Wegfalls ebenso wie das der Prüfung des anfänglichen Fehlens des Anspruches eine konsequente Folge der Übertragung der Vollstreckung auf besondere Organe, die ihren Sinn darin hatte, die Durchschlagskraft der Vollstreckung zu erhöhen, indem sie das Verfahren von

---

32) Daß der zügige Vollstreckungsablauf wegen Fehlens des Anspruchs in jedem Fall nach § 769 ZPO i.V.m. § 775 Nr. 1 ZPO aufgehalten werden kann, steht der Richtigkeit dieser Argumentation nicht entgegen. Einmal steht die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO im Ermessen des angegangenen Gerichts. Zum anderen kommt diese Entscheidung nur auf Antrag und nicht von Amts wegen zustande. Schließlich würde die Beachtung des Wegfalls des titulierten Anspruchs im Vollstreckungsverfahren die Vollstreckung noch viel stärker verzögern; vgl. hierzu auch Gaul, Rpfl.1971, S. 91 bei Fußn. 395.
Die oben vertretene Auffassung wird auch durch einen Blick in die Motive bestätigt. So heißt es bei Hahn, Materialien, S. 436: "Damit nicht nutzlose Schikane und Verzögerungen zur Kraftlosigkeit des Exekutionsverfahrens führen."

33) Vgl. auch Gaul, Rpfl. 1971, S. 91 bei Fußn.395. Der Klageweg des § 767 ZPO führt wegen des Sachzusammenhangs mit dem vorausgegangenen Rechtsstreit an das Prozeßgericht erster Instanz (vgl. Hahn, Materialien, S. 436/437).

Beweisaufnahmen und materiell-rechtlicher Beurteilungen freihielt[34].

Sieht man hierin den Grund für die Aufgabenverteilung, so ist die Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens dennoch für unsere Fragestellung nicht völlig bedeutungslos. Zwar ist sie nicht der Grund dafür, daß das nachträgliche Erlöschen nicht im Vollstreckungsverfahren geprüft wird. Sie ist aber deren Folge. Der Gesetzgeber hat das Vollstreckungsverfahren deshalb mit so geringen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten ausgestaltet, weil er sie als ausreichend ansah, um die Prüfung der im Vollstreckungsverfahren bedeutsamen Fragen zu prüfen.

---

34) J. Blomeyer, Rpfl. 1969, 280, versucht, die Unabhängigkeit der Vollstreckungsmaßnahmen sowohl vom anfänglichen Bestand als auch vom Fortbestehen des Anspruchs dadurch einheitlich zu begründen, daß er behauptet, der Titel lasse vermuten, daß der Schuldner dem Gläubiger tatsächlich etwas schulde. Diese Betrachtung ist schon bei der anfänglichen Existenz des Anspruchs unrichtig, da für sie der Titel keine Vermutung begründet, sondern sie im Zwangsvollstreckungsverfahren ersetzt (vgl. § 1 II FN 18). Erst recht ist diese Überlegung unrichtig, soweit sie das Fortbestehen des Anspruches betrifft. Daß der Titel hierfür keine Gewähr bieten kann, ist offensichtlich. Es besteht allenfalls die Vermutung, daß der Schuldner die titulierte Forderung nicht erfüllt oder in anderer Weise zum Erlöschen gebracht habe, wenn sich der Gläubiger noch im Besitz des Titels befindet (vgl. auch Böhm, S. 56). Diese Vermutung knüpft aber nicht an die Existenz des Titels, sondern an den Titelbesitz des Gläubigers an, auf den es m.E. nicht ankommen kann. Zum anderen begründet der Besitz des Gläubigers keinesfalls eine Vermutung für das Nichtvorliegen der vom Willen des Schuldners unabhängigen Erlöschenstatbestände, wie z.B. des § 275 BGB.

II. Sonderfälle

An Hand der vorstehenden Überlegungen soll nun untersucht werden, ob die im Schrifttum und Rechtsprechung gemachten Ausnahmen von der in § 767 I ZPO angeordneten Aufgabenverteilung berechtigt sind.

1. Solche Ausnahmen macht die Literatur bei der Vollstreckung durch das Prozeßgericht nach §§ 887 ff. ZPO.

a) Im Gegensatz zu der Vollstreckung durch Gerichtsvollzieher und Vollstreckungsgericht[35] soll bei der Vollstreckung durch das Prozeßgericht der Einwand der Erfüllung unmittelbar im Vollstreckungsverfahren zulässig sein.

Zur Veranschaulichung der Problematik dient folgender Fall:

> Der Bauunternehmer U ist verurteilt worden, die im Neubau des Hauses des Bauherrn B aufgetretenen Risse zu beseitigen. B beantragt, ihn gemäß § 887 ZPO im Wege der Ersatzvornahme zu ermächtigen, die Beseitigung der Risse durch einen Dritten vornehmen zu lassen und U die Zahlung der Kosten aufzugeben. Er trägt vor, die Leute des U seien zwar mehrfach erschienen, hätten aber nur minderwertige Arbeit geleistet. U wird gehört und wendet ein: Die auf Baumängel zurückzuführenden Risse seien beseitigt. Die noch vorhandenen Mängel rührten von Bergschäden her[36].

---

35) An Stelle des Gerichts ist in weitem Umfang der Rechtspfleger getreten.

36) Fall nach Petermann, Rpfl. 1959, 311; ähnliche Fälle kommen vor allem bei der Vollstreckung von Ansprüchen auf Auskunft und Rechnungslegung vor, wenn der Gläubiger bestreitet, daß die Rechnungslegung bzw. Auskunft richtig oder vollständig erteilt ist.

In diesem Fall kann nach h.M. im Schrifttum vom Vollstreckungsorgan geprüft werden, ob die Erfüllung des titulierten Anspruchs durch die Arbeiten des U eingetreten ist[37]. Sie geht dabei allerdings nicht so weit, die Parteien auch den Streit darüber im Vollstreckungsverfahren austragen zu lassen, ob überhaupt eine Erfüllungshandlung vorgenommen wurde. Nur wenn, wie in unserem Ausgangsfall, umstreitig ist, daß der Schuldner etwas getan hat, soll das Vollstreckungsorgan untersuchen dürfen, ob mit dieser Handlung die geschuldete Leistung bewirkt wurde. Dieser Literaturauffassung hat die Rechtsprechung von Anfang an widersprochen[38]. Sie hat allerdings zugestanden, daß der Streit darum, welche Handlung der Titel erfordere, im Verfahren nach §§ 887 ff. ZPO geprüft werden darf. Dies sei jedoch keine Berücksichtigung des Erfüllungseinwandes, sondern die jedem Vollstreckungsorgan gestattete Auslegung des Titels. Gehe allerdings der Streit der Parteien nicht um die Frage, welche Handlung der Titelschuldner zu erbringen habe, sondern darum, ob die konkrete vorgenommene Handlung der im Titel geforderten entspreche oder ob die Handlung wegen nicht ordnungsgemäßer Ausführung nicht als Erfüllung angesehen werden könne, so müsse dies im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage des Schuldners geklärt werden.

---

37) Stein-Jonas-Pohle, § 887, Anm.II 3; § 888, Anm.II 3; Rosenberg, § 208 II, Baumbach-Lauterbach, § 888, Anm. 2 C und 3 B, Petermann, Rpfl. 1959, 311.

38) RGZ 37,406; letztmals bestätigt von RGZ 157,328. Die früher ergangenen Entscheidungen des RG in RGZ 21, 379; 23,366;, 27,384; JW 1902,23 hatten die spätere Differenzierung zwischen Auslegung des Titels und Einwand der Erfüllung noch nicht vorgenommen.

Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Die Titelauslegung ist in der Tat eine Aufgabe, die jedem Vollstreckungsorgan zukommt[39], nicht jedoch die Prüfung des Erfüllungseinwandes. Dies gilt auch im Vollstreckungsverfahren nach §§ 887, 888 ZPO. Der Wortlaut des § 887 ZPO: "Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht" rechtfertigt keine andere Beurteilung[40]. Mit dieser Formulierung wird nicht eine besondere Vollstreckungsvoraussetzung für das Verfahren nach § 887 ZPO aufgestellt, sondern lediglich der Fall bezeichnet, der in § 887 ZPO geregelt ist[41]. Zum anderen fehlt diese Gesetzesfassung auch im gleichbehandelten Fall des § 888 ZPO.

---

39) Sie findet dort ihre Grenze, wo das Vollstreckungsorgan selbständig über den im Titel verbrieften Anspruch des Gläubigers "entscheiden" müßte. Diese Entscheidung würde gegen die Funktionsverteilung zwischen erkennendem Gericht und Vollstreckungsorgan verstoßen. Mit dem Titel wird nämlich nicht nur die Existenz, sondern auch der Umfang des Anspruchs festgelegt. Deshalb wäre z.B. eine Beweisaufnahme über den Willen der Parteien bei Abschluß eines Vergleichs zur Ermittlung des Titelinhalts nicht zulässig. Erweist sich eine derartige Bweisaufnehme als notwendig, so müssen die Parteien ihren Streit im Erkenntnisverfahren klären lassen. Ob dies durch eine Leistungs- oder eine Feststellungsklage geschehen muß, ist streitig (vgl. BGH, MDR 1958, 215: Leistungsklage bei Vergleich und BGHZ 36,11: Feststellungsklage bei Urteil; vgl. hierzu auch LG Bonn, NJW 1963,50).

40) Anders Petermann, Rpfl. 1959,311

41) RGZ 21, 379; ebenso OLG München, MDR 1962, 467

Aus der Tatsache, daß bei der Vollstreckung nach §§ 887 ff. ZPO das Vollstreckungsorgan mit dem Gericht, das über die Klage nach §767 ZPO entscheidet, identisch ist, läßt sich ebenfalls kein Argument für eine besondere Behandlung herleiten[42]. Zwar kann man wegen dieser Identität dem Vollstreckungsorgan bei der Vollstreckung nach §§ 887 ff. ZPO nicht die fachliche Qualifikation zur Prüfung der Existenz des titulierten Anspruchs absprechen. Deren Fehlen war jedoch nicht der Grund dafür, daß die Prüfung des Wegfalls des titulierten Anspruchs im Vollstreckungsverfahren nicht zugelassen wurde. Dieser Grund lag vielmehr darin, daß man die Vollstreckung durchschlagskräftig machen wollte. Hierfür besteht aber bei der Vollstreckung von Individualansprüchen nach §§ 887 ff. ZPO ebenso ein Bedürfnis wie bei der Vollstreckung wegen Geldforderungen. Ließe man dort den Erfüllungseinwand zu, dann würde das Vollstreckungsorgan sogar zu einer Rechts- und Tatsachenprüfung gezwungen, die noch langsamer und schwerfälliger vor sich geht als die Feststellung der Erfüllung einer Geldforderung. Gerade unser Ausgangsfall zeigt dies. Wenn das Vollstreckungsorgan durch Einholung eines Sachverständigengutachtens darüber Beweis erheben müßte, ob die Risse im Haus von Bergschäden herrühren oder auf Baumängeln beruhen, würde das Vollstreckungsverfahren nach der gängigen Gutachtenpraxis monatelang dauern.

---

42) Wie Petermann ausführt, sind nach den Geschäftsverteilungsplänen der Gerichte meist sogar dieselben Kammern bzw. Abteilungen zuständig.

Die Vollstreckung hätte keine Durchschlagskraft mehr[43].

b) Ohne sich dessen bewußt zu werden, hat die Rechtsprechung in einer weiteren Fallgruppe der §§ 887 ff. ZPO den Grundsatz durchbrochen, daß der Wegfall des titulierten Anspruchs im Vollstreckungsverfahren nicht nachgeprüft wird. Hierfür ist folgender Fall typisch:

> Der Mieter (Gl) erwirkt einen Titel gegen einen Mitmieter desselben Hauses (Sch), durch den diesen verboten wurde, bestimmte Handlungen vorzunehmen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wird dem Titelschuldner eine Geldstrafe von 500,-- DM angedroht. Wenige Tage danach verstößt Sch wiederum gegen das Verbot. Daraufhin beantragt Gl Festsetzung der Geldstrafe. Sch widerspricht mit der Begründung, Gl sei schon seit einiger Zeit aus der Wohnung ausgezogen.

In diesem und vergleichbaren Fällen wurden die Vollstreckungsanträge wegen Fehlens des Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgewiesen[44]. Das Rechtsschutzbedürfnis wurde deshalb verneint, weil nach dem Auszug des Gläubigers ein schutzwürdiges Interesse an der Bestrafung des Schuldners nicht mehr bestehe.

---

43) Im Ergebnis ebenso OLG München, MDR 1962,487; Schönke-Baur, § 38 I; Bruns, § 14 II, der allerdings auch Bedenken hat, ob man die Titelauslegung im Vollstreckungsverfahren zulassen soll. Diese Bedenken sind jedoch nicht begründet, wenn man die Grenzen der Titelauslegung so eng zieht, wie es oben in FN 39 getan wurde.
Wie inkonsequent die hier abgelehnte Auffassung ist, zeigt sich darin, daß sie den Einwand der Erfüllung sowohl im Verfahren nach §§ 887, 888 als auch im Verfahren nach § 767 ZPO zuläßt (Stein-Jonas-Pohle, § 887, Anm.II3; Rosenberg, § 208 II). Pohle geht sogar so weit, daß er der Entscheidung im Verfahren nach § 887 ZPO keine Rechtskraftwirkung gegenüber dem Klageverfahren nach § 767 ZPO beimißt. Damit entsteht die Gefahr widersprechender Entscheidungen (vgl.dazu auch Bruns, § 40 II)

44) Ähnliche Fälle wie diesen haben OLG Bremen, NJW 1950, 113; OLG Köln, MDR 1956,493; OLG Stuttgart, MDR 1961, 1021; LG Bremen, MDR 1965,304, entschieden; vgl. zu weiteren Fällen dieser Gruppe Zieres, Grundfragen, S. 108 f.

In diesen Fällen wurde von den Gerichten nicht erkannt, daß der Grund, der sie zu einer Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses verführte, in Wahrheit darin lag, daß der titulierte Anspruch nachträglich erloschen war. So ist in dem vorerwähnten Fall der Unterlassungsanspruch des Mieters dadurch erloschen, daß er auszog. Die Besitzlage, an die der Anspruch aus § 862 BGB anknüpft, bestand nämlich nicht mehr[45]. Dieses Erlöschen des titulierten Anspruchs darf aber nicht im Vollstreckungsverfahren geprüft werden, da anderenfalls die Effizienz der Zwangsvollstreckung durch schwerfällige Beweisaufnahmen und komplizierte Rechtsprüfungen beeinträchtigt würde.

Demgegenüber meint Zieres, in unserem Ausgangsfall habe die Veränderung der Sachlage, nämlich das Ausziehen des Mieters, nicht nur eine materiellrechtliche Wirkung, also das Erlöschen des Unterlassungsanspruchs, sondern daneben auch eine vollstreckungsrechtliche, die das Verfahren des § 890 ZPO zu einem untauglichen Vollstreckungsversuch mache[46]. Die Situation des § 890 ZPO unterscheide sich grundlegend von den sonstigen Fällen, in denen ein Untergang des materiellen Anspruchs eintritt. Bei der Vollstreckung wegen einer Geldforderung z.B. sei zwar auch der mit der Zwangsvollstreckung erstrebte Zweck der Anspruchserfüllung nicht mehr erreichbar, wenn der Anspruch z.B. in Folge Aufrechnung, Erfüllung oder Anfechtung erloschen sei. Gleichwohl habe die Vollstreckung ihre unmittelbare Wirkung, nämlich die Übertragung eines Vermögenswertes, nicht verloren.

---

45) Vgl. Lüke-Bähr, JuS 1963, 283, Fußn. 23; Zieres, S. 109 f.

46) Grundfragen. S. 126 ff.

Auch wenn der Gläubiger befriedigt werde, können ihm ein Geldbetrag nochmals zugewendet werden. Es trete keine Untauglichkeit der Zwangsvollstreckung ein. Sei dagegen bei der Vollstreckung aus § 890 ZPO der Anspruch weggefallen, so könne das Strafverfahren gar keine Wirkung mehr entfalten. Der Schuldner könne nicht nochmals gezwungen werden, die Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden. Kein Vollstreckungsorgan könne gezwungen werden, eine Vollstreckungsmaßnahme vorzunehmen, dessen Untauglichkeit von vornherein feststeht.

Diese Argumentation überzeugt nicht[47]. Einmal wird schon nicht klar, worin der grundlegende Unterschied zwischen der Vollstreckung nach § 890 und der nach §§ 803 ff. ZPO bestehen soll. Zum anderen hat Zieres keinen Beweis dafür geliefert, daß der von ihm festgestellte Unterschied eine verschiedene rechtliche Behandlung rechtfertigt.

Ein erheblicher Unterschied zwischen §§ 887 ff. und §§ 808 ff. ZPO besteht m.E. nicht. In beiden Fällen können die Vollstreckungsakte, nämlich Zwangsgeldauferlegung und Haftanordnung einerseits sowie Pfändung und Verwertung der Sache andererseits, tatsächlich noch vorgenommen werden, nachdem der Anspruch erloschen ist.

---

47) Der Hinweis von Zieres auf § 803 II ZPO (S. 128) ist mir nicht verständlich.
Mit der Ablehnung des Zieres'schen Ergebnisses soll allerdings nicht die von ihm vertretene, m.E. zutreffende, rein vollstreckungsrechtliche Lösung der Probleme des § 890 ZPO angezweifelt werden.

Insofern kann bei beiden Vollstreckungsarten die unmittelbare Wirkung der Vollstreckung noch herbeigeführt werden[48]. In beiden von Zieres gegenübergestellten Fällen kann der Schuldner auch die geschuldete Handlung an sich noch vornehmen. Er kann das Klavierspiel unterlassen bzw. kann noch zahlen. Nur der Grund, der dazu führt, daß diese Handlungen nicht mehr den Erfüllungserfolg herbeiführen können, ist verschieden. In den Fällen der Vollstreckung wegen Geldforderungen ist die zu erfüllende Forderung aus rechtlichen Gründen, z.B. durch Erfüllung oder Aufrechnung erloschen. In den hier diskutierten Fällen des § 890 ZPO dagegen ist der titulierte Anspruch aus tatsächlichen Gründen untergegangen, als der Gläubiger aus der Wohnung auszog. Dieser unterschiedliche Erlöschenstatbestand rechtfertigt aber keine unterschiedliche Behandlung. Ob ein Unterlassungsanspruch aus Besitz durch einen vertraglichen Verzicht oder dadurch untergeht, daß der Besitz aufgegeben wird, macht keinen bedeutsamen Unterschied. In beiden Fällen erfordert eine Berücksichtigung des Erlöschens im Vollstreckungsverfahren eine komplizierte Tatsachen- und Rechtsprüfung und verzögert damit das Vollstreckungsverfahren unerwünscht[49][50].

---

48) Dies ist z.B. anders bei der Herausgabevollstreckung nach dem Untergang der herauszugebenden Sache. An diesem Fall scheint Zieres zu denken. Dort kann der Vollstreckungsakt, nämlich die Wegnahme der Sache, schon tatsächlich nicht mehr vorgenommen werden. Dies muß zur Unzulässigkeit der Vollstreckung führen.

49) Daß auch aus anderen Gründen im Verfahren nach § 890 ZPO Beweis erhoben werden muß, rechtfertigt es nicht, auch zusätzlich über den Wegfall des titulierten Anspruchs Beweis zu erheben (so aber Zieres, S. 129).

50) Einen dieselbe Problematik berührenden Fall hat das OL Schleswig in SchlHAnz 1968,73 entschieden. Dort handelte es sich jedoch um die Vollstreckung aus einem Prozeßvergleich (vgl. dazu unten § 3 I).

2. Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, daß der Wegfall des titulierten Anspruchs im Vollstreckungsverfahren nicht zu beachten sei, wird in der Rechtsprechung dann gemacht, wenn der Wegfall des titulierten Anspruchs "offensichtlich" oder "unstreitig" ist[51]. Die praktische Bedeutung dieser Fälle ist natürlich gering. Sie tauchen nie im erstinstanzlichen Vollstreckungsverfahren, sondern nur im Erinnerungs- oder Beschwerdeverfahren auf. Demgemäß sind auch die beiden einzigen veröffentlichten einschlägigen Entscheidungen im Erinnerungs- bzw. Beschwerdeverfahren ergangen. In beiden Fällen hatte der Schuldner vor Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gezahlt und nach der Zustellung Erinnerung eingelegt, der auch jeweils stattgegeben wurde.

a) Zur Begründung für die Berücksichtigung des Erlöschens des titulierten Anspruchs wurde einmal ausgeführt, wenn man den Schuldner auf die Klage nach § 767 ZPO verweise, bestehe die Gefahr, daß der Gläubiger sofort nach § 93 ZPO anerkenne und dem Schuldner die Kosten auferlegt würden[52]. Daß diese in ihrer sachlichen Richtigkeit zudem noch fragwürdige Billigkeitserwägung nicht zu einer Durchbrechung des Grundsatzes des Zwangsvollstreckungsrechtes führen darf, bedarf keiner weiteren Begründung. Auch der Hinweis auf § 775 Nr. 4 und 5 ZPO ist kein Grund, den Wegfall des Anspruchs zu beachten[53]. In diesen beiden Vorschriften wird nämlich das Erlöschen nur dann berücksichtigt, wenn es durch äußerlich erkennbare Tatbestände, nämlich eine öffentliche oder vom Gläubiger ausgestellte Privaturkunde nachgewiesen ist.

---

51) LG Traunstein, NJW 1963,53; AG Nienburg, NdsRpfl.1965, 43; zustimmend J. Blomeyer, Rpfl.1969,282.

52) AG Nienburg, a.a.O.

53) And.LG Traunstein, a.a.O.

In diesen Fällen ist das Vollstreckungsorgan nicht zu einer schwierigen Tatsachen- und Rechtsprüfung gezwungen. Zum anderen wird die Vollstreckung durch Vorlage dieser Urkunden nicht unzulässig, sondern nur vorläufig eingestellt.

b) Eine den Fällen der §§ 775 Nr. 4 und 5 ZPO vergleichbare "Offensichtlichkeit" wollten die genannten Gerichte m.E. auch gar nicht annehmen; sie gaben der Erinnerung vielmehr deshalb statt, weil zwischen den Parteien unstreitig war, daß der durchzusetzende Anspruch erloschen war[54]. Ob ein derartiges Einigsein aber zur Berücksichtigung des Untergangs des Anspruchs im Vollstreckungsverfahren führen kann, ist höchst zweifelhaft.

Eine Begründung hierfür versucht J. Blomeyer[55]: Die Frage nach dem Fortbestehen des Anspruchs sei nur deshalb aus dem Vollstreckungsverfahren verwiesen, weil sie regelmäßig zu einer schwierigen und langwierigen Rechts- und Tatsachenprüfung führe, die sich mit der schnellen Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht vertrüge. Daraus folge, daß das Erlöschen des Anspruchs dann, wenn für seine Feststellung keine komplizierte Prüfung erforderlich sei, vom Vollstreckungsorgan beachtet werden müsse. Dies sei der Fall, wenn sich die Parteien der Zwangsvollstreckung darüber einig seien, daß der im Titel genannte Anspruch nicht mehr bestehe.

---

54) Zur Lösung des vom AG Nienburg entschiedenen Falles sei bemerkt, daß die Erinnerung schon deshalb hätte zurückgewiesen werden müssen, weil die Zwangsvollstreckung beendet war, als der Gläubiger dem Schuldner mitteilte, er habe den Drittschuldner gebeten, nicht zu zahlen. Diese Mitteilung führte gem. § 843 ZPO zum Verlust aller Rechte aus Pfändungs- und Überweisung, ohne daß die Beschlüsse aufgehoben werden mußten (RGZ 139,172; RG SeuffArch 48, Nr.75)

55) Rpfl. 1969, 282 f.

Es sei nicht einzusehen, weshalb die Parteien nicht auch im Zwangsvollstreckungsverfahren ebenso wie im Erkenntnisverfahren sich mit der Folge einigen können, daß das Vollstreckungsorgan gebunden sei.

Gegen diese Argumentation spricht einmal, daß sie die Berücksichtigung des Einwandes des Schuldners vom Verhalten des Gläubigers abhängig macht, was zu einer nicht wünschenswerten Rechtsunsicherheit für den Ausgang des Erinnerungsverfahrens führt[56]. Weiterhin muß beachtet werden, daß ein Einigsein der Parteien sich nur auf Tatsachen beziehen kann, die den Untergang des Anspruchs ergeben. Ein Einigsein über Rechtsfolgen mit der Wirkung, daß das Gericht von diesen ausgehen müsse, kennt auch das von Blomeyer vergleichsweise herangezogene zivilprozessuale Erkenntnisverfahren nicht[57]. Können die Parteien das Vollstreckungsgericht also nur an die von ihnen übereinstimmend vorgetragenen Tatsachen binden, nicht aber an ihre Rechtsauffassung, so bleibt dem Gericht die langwierige Prüfung schwieriger Rechtsfragen nicht erspart. Hierunter leidet die Effektivität der Zwangsvollstreckung aber ebenfalls.

---

56) So Lüke, JZ 1959,118 r.Sp., für die Berücksichtigung des Wegfalles der titulierten Forderung im Verfahren nach § 825 ZPO.

57) BGH, DNotZ 1970,21; vgl. aber auch Steif, Die Ausschaltungsbefugnis, S. 76, 91 ff., und Schlosser, Einverständliches Parteihandeln, S. 53 ff., 96 ff., die neuerdings eine gewisse Bindung des Gerichts an die rechtliche Einordnung der Parteien anerkennen. Allerdings lassen auch sie eine Erweiterung der Prüfungsbefugnis des Gerichts nicht zu.

Selbst wenn man aber eine Bindung an die Rechtsauffassung zuließe, könnte das Einigsein der Parteien das Vollstreckungsgericht nicht dazu zwingen, vom Erlöschen des titulierten Anspruchs auszugehen. Eine Bindung des Gerichts an den Vortrag der Parteien gibt es im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren nur in der Weise, daß das Gericht entweder den übereinstimmenden Vortrag der Parteien nicht anzweifeln oder nicht berücksichtigen darf, was die Parteien nicht vorbringen. Beide Fälle setzen aber voraus, daß das Vorbringen, das das Gericht anzweifelt bzw. dessen Vorliegen es entgegen dem Vortrag der Parteien annimmt, überhaupt für die Entscheidung von Bedeutung ist. Dies ist bei dem hier in Frage stehenden Erlöschen des Anspruchs gerade nicht der Fall. Das Vollstreckungsverfahren müßte hier infolge der Einigung etwas berücksichtigen, was gar nicht von ihm geprüft werden darf. Die Prüfungszuständigkeit eines Gerichts kann aber nicht erweitert werden[57].

Die Richtigkeit der Auffassung J. Blomeyers läßt sich schließlich auch nicht aus der im Vollstreckungsverfahren besonders stark ausgeprägten Dispositionsbefugnis des Gläubigers herleiten. Denn diese gibt dem Gläubiger nur das Recht, seinen Vollstreckungsantrag zurückzunehmen, nicht aber, die Prüfungskompetenzen der Vollstreckungsorgane zu erweitern.

c) In den erörterten Fällen konnte sich unabhängig vom Einigsein der Parteien über das Erlöschen des Anspruchs die Kompetenz der Vollstreckungsorgane, das Erlöschen zu beachten, daraus ergeben, daß nicht das Vollstreckungsorgan, sondern das Erinnerungs- bzw. Beschwerdegericht handelte.

Aus dem Grundsatz, daß die Vollstreckungsorgane das Fortbestehen des Anspruchs nicht prüfen dürfen, folgt nämlich nicht zwingend, daß es dem Schuldner auch verwehrt ist, das Erlöschen des Anspruchs mit einem Rechtsbehelf gegenüber dem Vollstreckungsakt, also im Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren geltend zu machen.

So wird schon aus der Fassung des § 766 ZPO abgeleitet, das Vollstreckungsgericht dürfe im Erinnerungsverfahren im Gegensatz zum Vollstreckungsorgan den Wegfall des Anspruchs berücksichtigen[58]. In § 766 ZPO seien nämlich die die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffenden Einwendungen durch das Wort "oder" jeden gegenübergestellt, die sich auf das Verfahren des Gerichtsvollziehers bei der Zwangsvollstreckung beziehen. Dieser Verweis auf den Wortlaut des § 766 ZPO überzeugt nicht. Mit jener Trennung sollte nur klargestellt werden, daß mit der Erinnerung sowohl die Verletzung der den konkreten Vollstreckungsakt betreffenden Vorschriften (wie z.B. §§ 803, 808, 809 ZPO) als auch ein Verstoß gegen die bei jeder Vollstreckung zu beachtenden Vorschriften wie z.B. §§ 704, 750 ZPO gerügt werden kann. Diese Auslegung wird auch durch die Motive bestätigt, die bei der Erörterung des § 766 ZPO ganz generell von der Verletzung von Verfahrensvorschriften im Gegensatz zu materiellen Vorschriften sprechen[59] [60].

---

58) Furtner, MDR 1963,447.

59) Hahn, Materialien, S. 437.

60) Auch die Entscheidungen, die Furtner für die Anerkennung einer Erweiterung der Prüfungsbefugnis des Erinnerungsgerichts auf materielle Mängel zitiert, haben eine solche Erweiterung nicht angenommen (OLG München, OLGE 18,400 und RGZ 40,366). Sie haben vielmehr nur in solchen Fällen materielles Recht geprüft, in denen auch schon das Vollstreckungsorgan eine materiellrechtliche Frage, nämlich als Vorfrage innerhalb einer Verfahrensnorm geprüft hatte. Bei der einen Entscheidung handelt es sich um die Prüfung eines Verstoßes gegen § 851 ZPO.

Kein brauchbarer Ansatz für eine Erweiterung der Prüfungsbefugnis des Rechtsbehelfsgerichts scheint mir auch folgende Überlegung zu sein: Im Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren müsse nicht nur geprüft werden, ob das Vollstreckungsorgan eine fehlerhafte Handlung vorgenommen habe. Es müsse auch darüber entschieden werden, ob die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung und Weiterführung der getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen unter den im Entscheidungszeitpunkt gegebenen Umständen noch bejaht werden könnten (vgl. § 570 ZPO)[61]. Unter diesen Umständen sei es denkbar, dieselbe Vollstreckungshandlung zunächst als zulässig, später aber als unzulässig anzusehen. Das mit dieser Überlegung aufgegriffene Problem der maßgeblichen Sach- und Rechtslage im Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren befaßt sich aber nur damit, ob eine Rechtsfrage wegen Veränderung der Sach- oder Rechtslage vom Rechtsbehelfsgericht anders beurteilt werden kann als vom Vollstreckungsorgan. Es beschäftigt sich nicht damit, ob diese Frage überhaupt zwar nicht vom Vollstreckungsorgan, wohl aber vom Rechtsbehelfsgericht geprüft werden kann.

Diese Norm weist eine materiellrechtliche Anknüpfung auf, da sie anordnet, daß eine nach bürgerlichem Recht unabtretbare Forderung auch nicht gepfändet werden kann (vgl. dazu § 7 II). Bei der anderen Entscheidung prüfte das Gericht als Vorfrage des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Pfändung einer eigenen Sache, ob an einer solchen Sache ein Pfandrecht entstehen kann. Auch hier war die Prüfung materiellen Rechts wegen der Anknüpfung einer prozessualen Norm an materielles Recht notwendig.

61) So aber Müller, Ehegattenvollstreckung, S. 30, für die Prüfung des Eigentums eines Dritten im Erinnerungsverfahren.

Für eine Erweiterung der Prüfungsbefugnis des Erinnerungsgerichtes könnte jedoch angeführt werden, daß es in der ZPO Rechtsbehelfte gibt, die dazu führen, daß das Rechtsbehelfsgericht mehr prüfen darf als die ihm vorgeschaltete Instanz. So erweitert z.B. im Urkundenprozeß ein Antrag auf Eröffnung des Nachverfahrens die Prüfungsbefugnis in der Weise, daß das Gericht des Nachverfahrens auch nicht urkundlich verbriefte Ansprüche prüfen kann. Dieser Vergleich des Erinnerungsverfahrens mit dem Nachverfahren im Urkundenprozeß führt allerdings auch nicht weiter. Eine Vergleichbarkeit besteht zwar insoweit, als auch der Urkundenprozeß ein summarisches, nur äußerlich erkennbare Tatbestände prüfendes Verfahren ist. Auch dort wird aus ähnlichen Gründen wir im Vollstreckungsverfahren auf eine umfassende Prüfung verzichtet. Der entscheidende Unterschied zum Vollstreckungsverfahren liegt aber darin, daß das Nachverfahren im Urkundenprozeß gerade dessen Schnelligkeit beseitigen will, während das Vollstreckungsverfahren auch dann schnell bleiben soll, wenn ein Rechtsmittel eingelegt ist[62].

Schließlich würde der Schuldner sogar benachteiligt, wenn man die Prüfung des Erlöschens des Anspruchs dem über die Erinnerung oder Beschwerde entscheidenden Gericht überließe. Beschlüsse im Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren erwachsen nämlich nach der wohl heute h.M. in materielle Rechtskraft, deren Wirkung immer darin liegt, daß über die geltend gemachten Einwendungen nicht mehr anders entschieden werden darf[63]. Ließe man daher in Erinnerungs- bzw. Beschwerdeverfahren den Einwand des Wegfalls des Anspruchs zu, dann schnitte man dem Schuldner den Weg ab, seine materielle Einwendung mit der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen. Dies wäre aber wenig sinnvoll.

---

62) Der Widerspruch oder Einspruch im Mahnverfahren erweitert die Prüfungsbefugnis des Gerichts auch nicht (zur Parallele zwischen Widerspruch und Erinnerung

vgl. Gaul, Rpfl. 1971, S. 49 nach JN 211).

63) Ausführlich Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 128 ff.; Stein-Jonas-Münzberg, § 766, Anm. III 7; Schönke-Baur, § 40 III; § 41 III 6, RGZ 143,241, 243; KG, JW 1930, 3862; OLG Kassel, ZZP 60, 137; OLG München, NJW 1956,187; OLG Schleswig, Rpfl. 1952,138; LG Bochum, DGVZ 1960, 10; a.A. Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, § 13 IV; Pieper, Rechtskraft, S. 165 ff.

§ 3 Übertragung der für die Zwangsvollstreckung aus Urteilen entwickelten Grundsätze auf sonstige Titel

In § 795 ZPO ist angeordnet, daß auf die Zwangsvollstreckung aus den in § 794 ZPO erwähnten Schuldtiteln die Vorschriften der §§ 724 bis 793 ZPO entsprechend anzuwenden sind, soweit nicht in den §§ 795 a - 800 abweichende Bestimmungen enthalten sind. Hieraus kann geschlossen werden, daß die bislang erarbeiteten Ergebnisse zur Vollstreckung aus Urteilen jedenfalls auf die Vollstreckung aus sonstigen gerichtlichen Entscheidungen, die als Titel in Frage kommen (§ 794 I,Nr. 2, 3, 4, 4a ZPO) übertragen werden können. Denn für diese Titel sind aus §§ 795 a ff. ZPO keine Besonderheiten zu entnehmen. Soweit es sich dagegen um die Vollstreckung von Titeln handelt, die von den Parteien geschaffen wurde, nämlich Prozeßvergleich und vollstreckbare Urkunde (§ 794 I Nr. 1 und 5 ZPO), bedarf die Gleichstellung einer besonderen Begründung.

I. Anfängliches Bestehen des Anspruchs

Ausdrücklich ergibt sich zwar aus §§ 795 a - 800 ZPO nichts gegen die Übertragung der für die Urteilsvollstreckung entwickelten Aufgabenverteilung auf die Vollstreckung aus "privaten" Titeln. Sie könnte aber schon daran scheitern, daß bei diesen Titeln das Fehlen des materiellrechtlichen Anspruchs anders als bei Urteilen stets auch die Unwirksamkeit des Titels nach sich zieht. Was den Prozeßvergleich betrifft, so könnte sich dieses Ergebnis aus der überwiegend anerkannten Doppel-, d.h. prozessualen und zugleich materiellrechtlichen Natur ergeben. Diese Doppelnatur hat nämlich zur Konsequenz,

daß materiellrechtliche Mängel des Vergleiches zugleich auch zur prozessualen Unwirksamkeit des Vergleiches, d.h. in unserem Fall zum Wegfall der Vollstreckbarkeit führt[64]. Bei der vollstreckbaren Urkunde könnte das Fehlen des materiellen Anspruchs in analoger Anwendung des § 139 BGB zur Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung und damit des Titels führen[65].

Die vorstehend aufgeworfenen, höchst umstrittenen Fragen brauchen jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht beantwortet zu werden. Selbst wenn das Fehlen des Anspruchs die Unwirksamkeit des "privaten" Titels nach sich zöge, wäre dies kein Grund, dem Vollstreckungsorgan die Pflicht zur Prüfung des Fehlens des titulierten Anspruchs aufzuerlegen. Das Vollstreckungsorgan ist nämlich der Prüfung der Wirksamkeit des Vollstreckungstitels dadurch enthoben, daß er mit einer Vollstreckungsklausel versehen ist.

---

64) Vgl. hierzu Lüke, JuS 1965,483, und neuerdings vor allem v. Mettenheim, Prozeßökonomie, S. 113 ff. Allerdings hat man bisher aus der Doppelnatur meist nur abgeleitet, daß die Nichtigkeit des materiellrechtlichen Teiles des Vergleichs auch seine prozeßbeendigende Wirkung entfallen läßt.
Henckel, Prozeßrecht, S. 68 ff., und früher schon Pohle, Anm. zu AP Nr. 10 zu § 794 ZPO, haben aber auch auf die oben aufgezeigte vollstreckungsrechtliche Konsequenz der Doppelnatur hingewiesen. Pohle, a.a.O., sieht hierin sogar ein entscheidendes Argument gegen die Doppelnatur des Prozeßvergleichs.

65) Eine derart analoge Anwendung des § 139 BGB wurde allerdings bisher von der h.M. abgelehnt (vgl. Werner, DNotZ 1969,719; RGZ 84,317; BGHZ 1,135; OLG München HRR 1936, Nr. 704).
a.A. Pohle, a.a.O. und die ältere Rechtsprechung, zitiert bei Sternberg, Festschrift für Oberneck, S. 43 ff.

Diese Klausel weist Vergleich und vollstreckbare Urkunde als wirksame Vollstreckungstitel aus. Solange die Klausel besteht und die Zwangsvollstreckung nicht für unzulässig erklärt ist, darf das Vollstreckungsorgan auch aus unwirksamen Vergleichen und vollstreckbaren Urkunden vollstrecken[66].

Der Gleichbehandlung von Urteilen und "privaten" Titeln könnte aber entgegenstehen, daß diese Titel keine gerichtliche Feststellung des Gläubigeranspruchs enthalten, an die das Vollstreckungsorgan gebunden sein könnte[67]. An der Begründung von Prozeßvergleichen hat zwar auch das erkennende Gericht und bei vollstreckbaren Urkunden zumindest auch ein staatliches Organ, nämlich der Notar, mitgewirkt. Sie haben aber nicht die Existenz des beizutreibenden Anspruchs festgestellt. Von seinem Bestand sind nur die Parteien ausgegangen, als sie die Unterwerfungserklärung bzw. den Prozeßvergleich protokollieren ließen. Allein in die Kompetenz der Parteien könnte also eingegriffen werden, wenn das Vollstreckungsorgan das anfängliche Bestehen des Anspruchs überprüfte. Dies soll aber nach dem Willen des Gesetzgebers ebenso verhindert werden, wie der Eingriff in den Aufgabenbereich des erkennenden Gerichtes. Wenn das Vollstreckungsrecht nämlich schon den Schritt getan hat, Parteiakten ohne Prüfung des Gläubigeranspruchs durch das erkennende

---

66) Vgl. Schönke-Baur, § 15 I; Rosenberg, § 175 I 2; Henckel, Prozeßrecht, S. 87; KG, JW 1935,1509; OLGE 37,196; OLG Breslau, OLGE 20,332.

67) So ist zum Beispiel anerkannt, daß der Prozeßvergleich keine der Rechtskraft ähnliche bindende Feststellung des Anspruchs enthält. Eine erneute Klage ist nur unzulässig, weil schon ein Vollstreckungstitel vorliegt und deshalb das Rechtsschutzbedürfnis fehlt (vgl. Lüke, JuS 1965,483).

Gericht die Qualität eines Vollstreckungstitels zuzuerkennen, dann ist es nur konsequent, den Vollstreckungsorganen eine Überprüfung dieser Parteiakte auf ihre materiellrechtliche Berechtigung hin zu versagen. Andernfalls würde man nämlich die den Parteien in § 794 I Nr. 1 und 5 ZPO eingeräumte vollstreckungsrechtliche Dispositionsfreiheit im Vollstreckungsverfahren wieder einschränken.

Bedenklich wäre eine Bindung der Vollstreckungsorgane an den Parteiwillen aus Gründen der Gerechtigkeit aber dann, wenn der Schuldner keine dem Rechtsmittel gegen Urteile ähnliche Möglichkeit hätte, das anfängliche Fehlen des Anspruchs vor dem erkennenden Gericht mit der Wirkung zu rügen, daß er die Einstellung der Zwangsvollstreckung erreichen kann[68].

Eine derartige Möglichkeit stellt die Vorschrift des § 797 IV ZPO bei der Vollstreckung aus vollstreckbaren Urkunden dem Schuldner zur Verfügung. Danach findet bei vollstreckbaren Urkunden auf die Geltendmachung von Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, die beschränkende Vorschrift des § 767 II ZPO keine Anwendung. Die Rüge des anfänglichen Fehlens des durchzusetzenden Anspruchs kann also vom Schuldner vor dem nach § 767 I ZPO zuständigen Prozeßgericht erhoben werden.

---

68) Daß bei der Vollstreckung aus rechtskräftigen Urteilen keine solche Rüge mehr möglich ist, wurde schon mehrfach betont.

Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß die Prüfung des anfänglichen Bestehens des titulierten Anspruchs dem erkennenden Gericht vorbehalten sein soll[69].

Für den Prozeßvergleich fehlt es an einer entsprechenden Vorschrift. Eine Möglichkeit, das anfängliche Fehlen des im Vergleich titulierten Anspruchs dennoch für dem erkennenden Gericht zu rügen, wurde aber schon oben angedeutet. Es wurde die Frage aufgeworden, ob das Fehlen des Anspruches zur Unwirksamkeit des privaten Titels führe. Wäre die zu bejahen, so könnte gefragt werden, ob nicht die Erteilung der Vollstreckungsklausel vom Bestand des materiellrechtlichen Anspruchs abhängig gemacht werden muß und demgemäß das Fehlen des Anspruchs mit der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO gerügt werden kann. Dagegen spricht, daß auch das Klauselerteilungsverfahren, ähnlich wie das Vollstreckungsverfahren, formalisiert ist. Soll z.B. die Klausel für ein Urteil erteilt werden, so ist nicht zu prüfen, ob der vollstreckbare Anspruch besteht,

---

69) In der Rechtsprechung vor 1930 wurde verschiedentlich zugelassen, daß der Notar die Existenz des Anspruchs schon im Klauselerteilungsverfahren prüfte (vgl. die Nachweise bei Sternberg, Festschrift für Oberneck, S. 41,ff., 61 ff.). Der Grund hierfür lag wohl darin, daß man den für die Klauselerteilung bei vollstreckbaren Urkunden zuständigen Notar anders als den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle für fähig hielt, diese materiellrechtliche Frage zu prüfen. Heute ist diese in Anbetracht des § 797 IV ZPO und der unter b) ausführlicher behandelten Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens wenig überzeugende Rechsprechung überwunden (KG, JW 1934,2245; 1862,2163; DNotZ 1951,274; OLG Celle, DNotZ 1969, 103).

sondern nur, ob das Urteil wirksam ist, ob es einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat und vollstreckungsreif ist[70]. Diese Merkmale sind meist an Hand des Urteils äußerlich erkennbar und somit ohne weitere Tatsachen- und Rechtsprüfungen feststellbar. Insofern wäre die Prüfung des Anspruchs eine atypische Aufgabe für das Klauselorgan[71].

Die gebotene Entlastung des Klauselerteilungsverfahrens von der Prüfung der materiellrechtlichen Wirksamkeit des Prozeßvergleichs führt also zwangsläufig zur Folgerung, daß § 797 IV ZPO auch auf den Prozeßvergleich analog angewendet werden muß. Diese Auffassung wird dann auch von der h.M. in Schrifttum und Rechtsprechung vertreten[72].

---

70) Rosenberg, § 175 IV 2; Schönke-Baur, § 16 II 2; Henckel, Prozeßrecht, S. 87.

71) Dazu, daß auch die Klauselgegenklage nach § 768 ZPO nicht der richtige Rechtsbehelf ist: Henckel, Prozeßrecht, S. 87 f.

72) Henckel, Prozeßrecht, S. 86 ff., 93; v. Mettenheim, Prozeßökonomie, S. 170, Fußn. 504; Pohle, AP Nr. 10 zu § 794 ZPO; Kühne, NJW 1967,1115; Bonin, S.112; Rosenberg, § 183 III 2 c; Baumbach-Lauterbach, § 795, Anm. 2; BGH NJW 1953, 345.

A.A. ist neuerdings der BGH in NJW 1971,467 im Anschluß an OLG Düsseldorf, NJW 1966,2367: Er ist der Auffassung, der Schuldner könne doch einen Antrag auf Fortsetzung des durch den Prozeßvergleich beendigten Verfahrens stellen. Für eine Vollstreckungsgegenklage bestehe deshalb kein Bedürfnis. Der BGH läßt hierbei außer acht, daß die Vollstreckungsabwehrklage ein wesentlich beschränkteres Ziel hat als der Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreites. Sie bezweckt nur die Vernichtung der Vollstreckbarkeit des Vergleichs, während der Antrag auf Fortführung des Rechtsstreits zu einem Urteil über den durch Vergleich beigelegten Streit führt (vgl.dazu Kühne, NJW 1967,115).

Im Vollstreckungsverfahren ist der Wegfall des Anspruchs auch dann nicht zu prüfen, wenn das Prozeßgericht selbst als Vollstreckungsorgan tätig wird. Deshalb ist die Entscheidung des OLG Schleswig, die schon in Fußn. 50 auf Seite 29 erwähnt wurde, unrichtig.
Das OLG hat den Antrag eines Gläubigers, aus einem Prozeßvergleich nach § 883 ZPO zu vollstrecken, mangels Rechtsschutzbedürfnis als unzulässig abgelehnt, weil die im Vergleich versprochene Leistung des Schuldners objektiv nicht zu erbringen sei. Diese Entscheidung erkannte nicht, daß der Grund, den sie zur Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisse heranzog, in Wahrheit das Entstehen des titulierten Anspruchs hinderte (§ 306 BGB). Die Rüge des anfänglichen Fehlens des im Prozeßvergleich titulierten Anspruchs gehört aber allein vor das erkennende Gericht.

II. Nachträglicher Wegfall

Bezüglich des nachträglichen Erlöschens des in privaten Titeln verbrieften Gläubigeranspruchs kann uneingeschränkt auf die Ausführungen in § 2 verwiesen werden. Die Überlegungen, die dort dazu führten, daß der nachträgliche Wegfall des Anspruchs nur mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend gemacht werden kann, treffen auch hier zu. Die Effizienz und Durchschlagskraft der Vollstreckung würden gehemmt, wenn die Vollstreckungsorgane diese Frage prüfen müßten.

§ 4 Konsequenzen der bisher erarbeiteten Aufgabenverteilung

I. Recht auf Vornahme der Vollstreckungsakte

Die Unabhängigkeit der Zwangsvollstreckung vom anfänglichen Bestand und Fortbestehen des zu verwirklichenden materiellen Anspruches führt dazu, daß der Gläubiger einen publizistischen Anspruch gegen das Vollstreckungsorgan auf Vornahme der Vollstreckungsmaßnehmen auch dann hat, wenn kein Anspruch besteht. Sein Antrag auf Vornahme der Vollstreckungsakte ist also zulässig und begründet[73]. Folgerichtig hat der Schuldner keine vollstreckungsrechtlichen Abwehrmöglichkeiten gegen solche Akte.

Da jedes Organ außerdem nur die Verantwortung für die rechtmäßige Erfüllung seiner Aufgaben trägt[74], hat die Aufgabenverteilung auch eine Verantwortungsteilung zur Folge[75]. Das Vollstreckungsorgan handelt also nicht rechtswidrig i.S. d. 53 StGB und des § 839 BGB, wenn es trotz Fehlens des Anspruches des Gläubigers vollstreckt[76]. Wehrt sich z.B. in einem solchen Falle der Schuldner gegen eine Vollstreckungsmaßnahme des Gerichtsvollziehers, so verwirklicht er den Tatbestand des § 113 StGB. Eine Amtshaftungsklage gegen den Staat mit der Begründung, das Vollstreckungsorgan habe schuldhaft übersehen, daß dem Gläubiger kein Anspruch zustehe, scheitert schon mangels objektiver Amtspflichtverletzung des Vollstreckungsorgans.

---

73) Henckel, Prozeßrecht, S. 252 f.

74) Henckel, Prozeßrecht, S. 241 f.

75) Henckel, Prozeßrecht, S. 241 f.

76) Berghaus, Der strafrechtliche Schutz der Zwangsvollstreckung, S. 31.

Für die Schadensersatzpflicht aus § 839 BGB ist zwar primär nicht die Rechtswidrigkeit, sondern die Amtspflichtwidrigkeit maßgebend. Beide Kategorien überschneiden sich aber, so daß es gerechtfertigt erscheint, bei Vorliegen der Rechtmäßigkeit auch die Amtspflichtwidrigkeit zu verneinen[77].

Das alles schließt allerdings nicht aus, daß mit der Vollstreckung dem Schuldner Unrecht geschieht. Aber dieses Unrecht schlägt nicht bis in die Vollstreckung durch.

II. Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Vollstreckungsakte

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich m.E. auch schon, daß die einzelnen Vollstreckungsakte, bei der Vollstreckung wegen Geldforderungen also z.B. die Pfändung von Mobilien und Beschlagnahme von Immobilien, die Verwertung (Versteigerung und sonstige Verwertung) und die Befriedigung (Aushändigung des Erlöses an den Gläubiger) rechtmäßig und damit wirksam sind[78]. Der Grund für die Wirksamkeit der Verwertungsakte, die trotz Fehlens eines Gläubigeranspruches vorgenommen werden, ist demnach nicht einfach darin zu sehen, daß sich in der Eigentumsübertragung die Zwangsgewalt "des Staates manifestiert"[79], sondern in der Aufgaben- und Verantwortungsteilung zwischen den Rechtspflegeorganen, die sich aus der Trennung des Vollstreckungsverfahrens vom Erkenntnisverfahren ergibt[80]. Die Vollstreckungs-

---

77) Henckel, Prozeßrecht, S. 234

78) Vgl. Gaul, Rpfl. 1971, S. 4 f.; Lindacher, JZ 1970,361; Henckel, Prozeßrecht, S. 313 ff.
J. Blomeyer, Rpfl. 1969;281 spricht nur von Wirksamkeit, setzt dabei aber m.E. die Rechtmäßigkeit voraus.
Vgl. auch Stein-Jonas-Münzberg, vor § 704, Anm.II 2 bei Fußn. 48

79) Vgl. RGZ 156, 398 und Baumbach-Lauterbach, Einführung II a vor § 804,

80) Vor allem Gaul und Lindacher, a.a.O.

organe sind der Prüfung enthoben, ob der Anspruch besteht. Da das Verwertungsrecht des Vollstreckungsorgans nur abhängig sein kann von Umständen, die innerhalb seiner Prüfungsverantwortung liegen, vollzieht sich die Verwertung unabhängig von diesen materiellrechtlichen Voraussetzungen.

Neuerdings wird diese Konsequenz für die Versteigerung beweglicher Sachen von Gerhard Huber bestritten[31]. Er sieht die Versteigerung als rechtswidrig an, wenn der Anspruch des Gläubigers fehlt. Diese Rechtswidrigkeit führe zur Unwirksamkeit des Eigentumserwerbs des Erstehers, wenn der Ersteher diesen Fehler kenne oder der Fehler offensichtlich war.

Huber geht zwar auch davon aus, daß das Verhalten der Vollstreckungsorgane prozessual in Ordnung, nach seiner Terminologie also formell rechtmäßig sei. In der verwaltungsrechtlichen Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, die auf den Vollstreckungsakt als einen Akt materieller Verwaltung anwendbar sei, sei ein Akt aber nicht nur dann rechtswidrig, wenn er formell, d.h. in der Art seines Zustandekommens, zu beanstanden sei, sondern auch dann, wenn er materiell rechtswidrig sei. Materielle Rechtswidrigkeit liege vor, wenn der Staatsakt inhaltlich nicht fehlerfrei sei. Der damit vorgefundene Rechtswidrigkeitsbegriff sei notwendig auf den beabsichtigten Erfolg bezogen. Nicht also allein der Verstoß gegen Verhaltensnormen, sondern auch der Erfolg könne einen Staatsakt rechtswidrig machen.

---

81) G. Huber, Versteigerung, S. 62 ff., zusammenfassend S. 192

Schon dieser Ausgangspunkt Hubers ist angreifbar. Ebenso wie zunächst im Strafrecht und später auch im Zivilrecht ist die moderne Lehre des öffentlichen Rechts der Auffassung, daß nur ein handlungsbezogener Rechtswidrigkeitsbegriff praktikabel ist[82]. Ein Staatsakt, bei dem der Handelnde alle geltenden Verhaltensnormen beachtet, kann nach ihr nicht als rechtswidrig angesehen werden. Dieser Frage braucht jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden, da auch bei Anerkennung eines erfolgsbezogenen Rechtswidrigkeitsbegriffs die Auffassung Hubers nicht überzeugen kann. Die Versteigerung führt nämlich keinen rechtswidrigen Erfolg herbei, wenn der beizutreibende Anspruch nicht besteht.

Huber meint hierzu, zwar sei heute allgemein anerkannt, daß auch die Versteigerung ein öffentlichrechtlicher Akt sei. Dennoch müsse man für die Frage, ob der vom Gerichtsvollzieher als Staatsorgan vorgenommene, auf Veränderung der privatrechtlichen Rechtslage hinzielende Akt rechtmässig sei, auf privatrechtliche Erwägungen zurückgreifen. Denn die hoheitliche Einwirkung auf die privatrechtliche Güterzuordnung könne, soweit sie wie die Zwangsvollstreckung zur Verwirklichung der Privatrechtsordnung diene, nur dann objektiv rechtmäßig sein, wenn sie auch im Einklang mit dieser Ordnung stehe. Zum Beweis für die Richtigkeit dieser These führt Huber im einzelnen aus:

1. Daß zu der verfahrensrechtlichen Zulässigkeit eine materiellrechtliche Rechtfertigung des Verwertungsaktes treten müsse, zeige § 767 ZPO. Diese Vorschrift eröffnet dem von der Vollstreckung Betroffenen die Möglichkeit,

---

82) Vgl. Heinz Wagner, NJW 1967,2333, 2335.

aus materiellrechtlichen Gründen die Aufhebung der vom Gerichtsvollzieher vorgenommenen zulässigen Maßnahmen zu bewirken und so die Vornahme weiterer Vollstreckungsakte zu verhindern. Mit der Klage auf § 767 ZPO werde der Widerspruch zur materiellen Rechtslage lediglich geltend gemacht, nicht erst begründet.

2. Daß eine solche materielle Bewertung der Vollstreckungsvorgänge erforderlich sei, werde für das Verhältnis von Gläubiger zu Schuldner auch unter Geltung der öffentlichrechtlichen Theorie der Zwangsvollstreckung anerkannt. Dies zeige die allgemeine Zubilligung eines Bereicherungsanspruchs des Vollstreckungsschuldners, dessen Schuld nicht mehr bestand[83].

3. Eine materielle Bewertung des Vollstreckungsaktes werde auch vorgenommen, wenn geprüft wird, ob der Gläubiger, der eine nach § 767 ZPO angreifbare Vollstreckung betrieben hat, eine unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 oder 826 BGB begehe. Das Betreiben der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger sei nur dann rechtswidrig, wenn es dazu führe, daß der Gerichtsvollzieher inhaltlich fehlerhafte Vollstreckungsmaßnahmen vornehme.

Diese Argumente Hubers überzeugen schon deshalb nicht, weil bei der Klage gem. § 767 ZPO bzw. dem Anspruch aus § 812 und § 823 BGB der Akt des Gläubigers beurteilt wird, der die Vollstreckung betreibt, nicht aber die Vollstreckungsakte des Staates. Nicht der Staat ist Partei der Klage aus § 767 ZPO, sondern der Gläubiger. Die Akte des Staates und des Gläubigers

---

83) Gegen die Zubilligung solcher Ausgleichsansprüche jetzt generell Böhm, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materiellrechtliche Ausgleichsansprüche.

können und müssen aber unterschiedlich bewertet werden[84].

Dennoch behauptet Huber, nicht nur das Betreiben der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger, sondern auch der Versteigerungsakt müsse danach untersucht werden, ob er einen gerechtfertigten Eingriff in die privatrechtliche Güterordnung darstelle. Der materielle Eingriffstatbestand könne sich nicht aus der ZPO ergeben, sondern nur aus der Privatrechtsordnung. M.E. hat aber die auch von Huber anerkannte öffentlichrechtliche Auffassung von der Natur der Zwangsvollstreckung zu Konsequenz, daß die Vollstreckungsakte als öffentlichrechtliche Akte nicht an der Privatrechtsordnung gemessen werden können. Der Staat ist jedenfalls im hier vorliegenden Bereich der Zwangsvollstreckung, also einem in Freiheit und Eigentum eingreifenden obrigkeitlichen Handeln, nicht Adressat der Privatrechtsordnung. Die Rechte und Pflichten des Staates in der Zwangsvollstreckung ergeben

---

84) Die Beurteilung des Vollstreckungsaktes als rechtmäßig setzt sich also nicht dem Vorwurf aus, daß die gleiche Handlung rechtswidrig und rechtmäßig sei. Wenn das Verhalten des Gläubigers im Rahmen der genannten Klagen als rechtswidrig qualifiziert wird, wenn er ohne Forderung oder in das Eigentum eines Dritten vollstreckt, so steht dies zu der hier vertretenen Auffassung nicht im Widerspruch. Es werden nämlich zwei verschiedene Handlungen beurteilt, die des Vollstreckungsorgans einerseits und die des Gläubigers andererseits. Der Vorwurf gegenüber Geib, Rechtsschutzbegehren, S. 67 f., und Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 149, 507, sie sähen den Antrag des Gläubigers gleichzeitig als rechtmäßig (gegen das Vollstreckungsorgan) und rechtswidrig (gegen den Schuldner und Dritte) an, kann also gegen die oben vertretene Meinung nicht vorgebracht werden.
Die Kritik an Geib und Hellwig war insofern berechtigt (vgl. Henckel, Prozeßrecht, S. 248), als im Verhältnis Gläubiger - Vollstreckungsorgan nicht die Kategorie rechtmäßig - rechtswidrig, sondern nur die prozessualen Kategorien zulässig - unzulässig, begründet - unbegründet passen.

sich aus der Zivilprozeßordnung. Gerade die Tatsachen, daß die ZPO die Geltendmachung des Fehlens der privatrechtlichen Rechtfertigung der Vollstreckung in ein besonderes Klageverfahren verwiesen hat und im Vollstreckungsverfahren anstelle des Anspruchs des Gläubigers ein formalisiertes Merkmal wie den Titel gesetzt hat, der eine Gewähr für die Übereinstimmung mit der Privatrechtsordnung bieten, zeigen, daß diese selbst bei der Bewertung der Vollstreckungsakte keine Rolle spielen kann[85]. Die Versteigerung einer beweglichen Sache durch den Gerichtsvollzieher ist also auch dann rechtmäßig, wenn dem Gläubiger kein Anspruch zusteht.

---

85) Böhm. Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung, S.54 ff., leitet hieraus sogar Argumente für die Endgültigkeit der Erlösverteilung an den Gläubiger ab.

Zweiter Abschnitt: Prüfung der Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen

Bisher wurde die Verteilung der Aufgaben zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht im Rahmen des Vollstreckungsrechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner behandelt. Im folgenden sollen nun die Aufgaben, die dem erkennenden Gericht bzw. dem Vollstreckungsorgan innerhalb des Verhältnisses zwischen Gläubiger und dem Dritten untersucht werden, der durch die Vollstreckung in seinem materiellen Recht am Vollstreckungsobjekt betroffen wird. Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen von den Vollstreckungsorganen oder vom erkennenden Gericht zu prüfen ist.

§ 5 Vollstreckung in Sachen

I. Grundsätzliche Regelung

1. § 807 und § 918 ZPO sprechen von der Vollstreckung des Gläubigers in das Vermögen des Schuldners. Dem Vollstreckungsrecht liegt also der als "selbstverständlich" nicht ausdrücklich ausgesprochene Satz zugrunde, daß Gegenstand der Zwangsvollstreckung nur das Vermögen des sich aus dem Titel ergebenden Vollstreckungsschuldners ist. Hieraus könnte man bei vordergründiger Betrachtung entnehmen, daß die Zugehörigkeit der Vollstreckungsobjekte zum Schuldnervermögen Voraussetzung der Vornahme der Vollstreckungsakte und daher vom Vollstreckungsorgan zu prüfen ist. Gegen diese Auffassung spricht aber § 771 ZPO.

Danach muß ein Dritter, dem am Vollstreckungsobjekt ein die Veräußerung, d.h. die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht zusteht, seinen Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem erkennenden Gericht geltend machen, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt. Dies deutet aber darauf hin, daß nur dieses Gericht die Existenz von Drittrechten prüfen darf. Denn es wäre schlecht einzusehen, weshalb das Gesetz die Geltendmachung des Drittrechtes im Klageverfahren nach § 771 ZPO zuläßt, wenn es gleichzeitig das Drittrecht unmittelbar im Vollstreckungsverfahren berücksichtigt sehen will. Deshalb ist es auch herrschende Meinung, daß das materielle Recht des Schuldners am Vollstreckungsobjekt vom Vollstreckungsorgan nicht zu prüfen ist[1].

2. Der Grund für diese Aufgabenverteilung zugunsten des erkennenden Gerichts ist ähnlich wie bei der Prüfung des nachträglichen Erlöschens des Anspruchs darin zu sehen, daß der Gesetzgeber eine schnelle und durchschlagskräftige Zwangsvollstreckung garantieren sollte, die den Interessen des Gläubigers und der Allgemeinheit entgegenkommt[2]. Den Interessen des Drittrechtsinhabers wird hier

---

1) Für alle Stein, Grundfragen, S. 39 ff.

2) Allerdings wird auch hier behauptet, der Grund läge darin, daß die Vollstreckungsorgane mit der Prüfung der Vermögenszugehörigkeit überfordert seien bzw. das Vollstreckungsverfahren dafür ungeeignet sei, die Zugehörigkeit der Vollstreckungsobjekte zum Schuldnervermögen zu prüfen (Gaul, Rpfl. 1971, S.91 nach Fußn. 401). Daß diese Argumentation wiederum Grund und Folge verwechselt, wurde schon oben ausgeführt. Hier ist dies sogar aus den Motiven zu § 771 ZPO ersichtlich. Bei Hahn, Materialien, S.441 heißt es: "Es ist hier über materielle Rechte zu entscheiden, demnach ist die Anwendung des ordentlichen Verfahrens geboten".

aber anders als den Interessen des Schuldners beim nachträglichen Wegfall des Anspruches nicht erst durch eine Klage vor dem Prozeßgericht genüge getan. Da es äußerlich erkennbare Tatbestände gibt, die nach materiellem Recht regelmäßig den Schluß auf die rechtliche Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen zulassen, hat das Gesetz diese leicht feststellbaren und daher schnell zu prüfenden Tatbestände zur Voraussetzung des Vollstreckungszugriffs gemacht[3].

So begründet der für die Vollstreckung in bewegliche Sachen nach § 808 ZPO erforderliche Gewahrsam und die für die Vollstreckung in Grundstücke nach § 17 ZVG erforderliche Grundbucheintragung des Schuldners nach §§ 1006, 891 BGB die Vermutung, daß der Vollstreckungsgegenstand auch zum Vermögen des Schuldners gehört. Die Eigenart der Vollstreckungsgegenstände bedingt es freilich, daß diese Vermutungen unterschiedlich stark sind.

Die stärkste Vermutung besteht bei der Eintragung einer Zwangshypothek nach § 867 ZPO. Die Anwendung der §§ 39 und 41 GBO gewährleisten, daß die Zwangshypothek nur dann eingetragen wird, wenn der Schuldner nach Maßgabe des Grundbuches eingetragener Eigentümer des Grundstücks ist. Eine Vollstreckung in schuldnerfremdes Vermögen ist hier also nur in den seltensten Fällen möglich, in denen das Grundbuch der wahren Rechtslage widerspricht. Schon eine Schattierung weniger stark ist die Vermutung, die

---

3) A. Blomeyer, Festgabe für von Lübtow, S. 807: "Der gesetzgeberische Grund, den Dritteigentümer auf die Klage nach § 771 ZPO zu verweisen, liegt in der Vereinfachung des Vollstreckungsverfahrens, wenn der unmittelbare Besitz des Schuldners zur Vollstreckung ausreicht. Wer an seinen Sachen dem Schuldner unmittelbaren Besitz einräumt, muß mit Pfändungen und der Last einer dagegen zu erhebenden Drittwiderspruchsklage rechnen."

sich aus § 17 ZVG ergibt, da das hier geforderte Zeugnis des Grundbuchamtes über die Eintragung des Schuldners notgedrungen im Augenblick der Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung durch das Vollstreckungsgericht schon ein paar Tage alt ist, in denen sich die Eigentumsverhältnisse im Grundstück geändert haben können[4]. Noch weniger sicher ist die Vermutungsbasis bei der Vollstreckung in bewegliche Sachen, wo sich der Gerichtsvollzieher auf den Gewahrsam des Schuldners verlassen muß (§ 808 ZPO)[5].

Die Zugriffstatbestände sind also bei der Zwangsvollstreckung in Sachen ähnlich formalisiert wie die anfängliche Existenz des Anspruchs durch den Titel[6].

II. Sonderfälle

1. Eine Ausnahme von dem oben entwickelten Grundsatz, daß die Vollstreckungsorgane die Zugehörigkeit der Vollstreckungsobjekte zum Schuldnervermögen nicht zu prüfen haben, könnte in den Bestimmungen enthalten sein, welche die Vollstreckung in das Vermögen regeln, an dem mehrere Personen beteiligt sind. Dies sind die §§ 736, 737, 740 II, 743, 748 II ZPO.

---

4) G. Huber, Versteigerung, S. 153, behauptet, im ZVG würde auch die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen geprüft. Er schwächt dies aber dahin ab, daß nur die aus dem Grundbuch ersichtlichen Rechte Dritter geprüft werden (§ 28 ZVG). Daß § 28 ZVG jedoch eine Ausnahme ist, wird unter II, 4 gezeigt werden.

5) Zu den Besonderheiten der Rechtspfändung vgl. unten § 6.

6) Dieser somit auf die Prüfung bloßer Formalien beschränkten Aufgabe des Vollstreckungsorgans ist auch das Verfahren mit seinen geringen Verfahrensgarantien angepaßt (Gaul, Rpfl. 1971, S. 91 nach Fußn. 392 und BGH NJW 1957, 1877/1878); vgl. oben § 2 I.

§ 736 ZPO bestimmt, daß zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer Gesellschaft des BGB ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist. § 737 ZPO ordnet an, daß bei einem Nießbrauch an einem Vermögen wegen der vor Bestellung des Nießbrauchs entstandenen Verbindlichkeiten die Vollstreckung in die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände ohne Rücksicht auf den Nießbrauch zulässig ist, wenn der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist. Nach § 740 II ZPO ist die Zwangsvollstreckung in das von den in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut nur zulässig, wenn beide zur Leistung verurteilt sind. § 743 ZPO schreibt vor, daß nach Beendigung der Gütergemeinschaft die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut immer nur zulässig ist, wenn beide Ehegatten verurteilt sind. Nach § 747 ZPO ist zur Zwangsvollstreckung in dem mehreren Erben zustehenden Nachlaß bis zur Teilung erforderlich, daß ein Titel gegen alle Erben vorliegt. Steht einem Testamentsvollstrecker nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände zu, so ist schließlich die Zwangsvollstreckung nach § 748 II ZPO in diese Gegenstände nur zulässig, wenn der Erbe zur Leistung, der Testamentsvollstrecker zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist.

a) Das Gesetz bezeichnet in einem Teil der genannten Vorschriften die Vollstreckung nur dann als zulässig, wenn ein Leistungs- oder Duldungstitel gegen denjenigen vorliegt, dem am Vollstreckungsobjekt entweder eine Mitberechtigung oder ein Nutzungs- oder Verwaltungsrecht zusteht. Diese Verwendung des Ausdrucks zulässig könnte darauf schliessen lassen, daß dem Vollstreckungsorgan die Pflicht auferlegt werden soll, das Vorliegen des Titels zu prüfen.

Es könnte sich also nicht damit begnügen festzustellen, daß sich der Vollstreckungsgegenstand im Gewahrsam des Titelschuldners befindet oder auf seinen Namen im Grundbuch eingetragen ist, sondern müßte prüfen, ob eine Mitberechtigung vorliegt, weil nur dann festzustellen ist, ob der erforderliche Titel gegen den Mitberechtigten vorhanden ist[7) 8)].

Diese Argumentation begegnet Bedenken. Zum einen benutzt das Gesetz in einigen der hier interessierenden Fällen (§§ 736, 747 ZPO) nicht den Begriff zulässig, sondern ordnet an, daß ein zweiter Titel für die Zwangsvollstreckung erforderlich sei. Vor allem jedoch spricht das Gesetz von Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht nur dann, wenn es die Voraussetzungen bestimmt, die die Vollstreckungsorgane prüfen müssen. In § 775 ZPO verwendet der Gesetzgeber den Begriff der Zulässigkeit auch in anderem

---

7) J. Blomeyer, Rpfl. 1969,283 f.; unmittelbar wird dies auch von der h.M. angenommen, indem sie dem Mitberechtigten die Erinnerung gibt, wenn der vollstreckende Gläubiger keinen Titel gegen ihn hat. Vgl.Stein-Jonas-Münzberg, § 737, Anm. I, IV; / 740, Anm.II 4; V 3 a;. § 743, Anm. III; § 747; Anm. II; § 748, Anm.III; Walsmann, Voraussetzungen, S. 9, 39; Thomas-Putzo, § 740, Bem.6; § 743, Anm. 5; § 748, Anm.5; Rosenberg, § 173 III 2; Seuffert, Gruchot 43,136.

8) J. Blomeyer differenziert a.a.O. noch nicht einmal zwischen den einzelnen Fällen der §§ 735 ff. ZPO. Er sieht anscheinend die Vorschriften der §§ 735, 740 I, 741, 748 ebenfalls als solche Ausnahmen an. Diese Normen bestimmen aber gerade nicht, daß das Vollstreckungsorgan die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjekts zum Schuldnervermögen prüfen soll. Sie unterwerfen vielmehr expressis verbis teilweise fremdes Vermögen der Vollstreckung, und zwar nicht nur für die Vornahme der Vollstreckung, sondern sogar im Endergebnis zwischen Gläubiger und Dritten. Sie nehmen dem Dritten das Recht, die Vollstreckung mit Hilfe der Klage nach § 771 ZPO zu verhindern. Kraft Gesetzes muß er die Zwangsvollstreckung in das seinem Recht unterstehende Vermögen dulden (Stein-Jonas-Münzberg, vor §§ 735-749, Anm.I 1); dazu später unten im Text ausführlich.

Zusammenhang. Er spricht dort von Entscheidungen, durch die die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird, und meint damit nach unbestrittener Auffassung auch die Urteile, die auf Klagen aus §§ 767 und 771 ZPO ergangen sind. Da diese Urteile nicht über die Prüfungspflichten der Vollstreckungsorgane entscheiden, sondern über die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner bzw. Dritten, wird der Ausdruck zulässig also im Zwangsvollstreckungsrecht nicht nur zur Beschreibung der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen selbst verwendet.

b) Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß Drittrechte im Vollstreckungsverfahren nicht zu beachten sind, wäre jedoch gerechtfertigt, wenn die Interessenlage dies bei den genannten Mitberechtigungen erfordere. Der Grund für das Verbot der Berücksichtigung von Drittrechten lag in erster Linie in dem auf Effizienz ausgerichteten Zweck des Vollstreckungsverfahrens. Eine Ausnahme wäre also berechtigt, wenn in den Fällen der §§ 736 ff. ZPO die Schnelligkeit der Zwangsvollstreckung nicht dadurch beeinträchtigt würde, daß das Vollstreckungsorgan die Mitberechtigung prüft. Die Prüfung des Vorliegens eines Nießbrauchs, einer Testamentsvollstreckung oder der gesamthänderischen Mitberechtigung eines Ehegatten, Miterben oder Mitgesellschafters erfordert aber dieselben tatsächlich und rechtlich schwierigen Untersuchungen wie die Prüfung des Vorhandenseins eines Pfandrechts, einer Hypothek oder des schlichten Miteigentums eines Dritten. Samit stört sie den Vollstreckungsablauf ebenso wie diese.

Auch die Gerechtigkeit leidet in den Fällen der § 736 ff. ZPO nicht mehr als sonst, wenn die Mitberechtigungen nicht geprüft werden. Gewahrsam und Grundbucheintragung bieten ebenso eine gewisse Gewähr für das Nichtvorliegen eines Nießbrauchs, einer Testamentsvollstreckung oder einer gesamthänderischen Mitberechtigung wie für das Nichtvorliegen anderer Mitberechtigungen, wie z.B. des schlichten Miteigentums. Schließlich kann eine Rechtfertigung für eine Sonderbehandlung der Mitberechtigungen der §§ 736 ff. ZPO auch nicht darauf hergeleitet werden, daß sie allesamt an Vermögensinbegriffen bzw. Sondervermögen bestehen, nämlich dem Vermögen im ganzen (§ 737 I ZPO), dem Nachlaß (§ 737 II, § 747, § 748 ZPO), dem Gesellschaftsvermögen (§ 736 ZPO) und dem Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft (§ 740 ZPO).

c) Da also kein Grund für eine besondere Behandlung dieser Mitberechtigungen ersichtlich ist, soll nun untersucht werden, ob nicht eine Auslegung der §§ 736 ff. ZPO möglich ist, die mit dem Grundsatz konform geht. Diese Auslegung wäre dadurch zu erreichen, daß man in §§ 736 ff. ZPO nur die Zwangsvollstreckung in die bei dem Mitberechtigten befindlichen beweglichen Sachen oder in die auf seinen Namen eingetragenen Grundstücke geregelt sieht. Dann wäre dem Vollstreckungsorgan nicht die Pflicht auferlegt zu prüfen, ob der gepfändete Gegenstand zum Vermögen des Titelschuldners gehört. Allerdings würden dann die §§ 736 ff. ZPO nur eine Forderung wiederholen, die sich aus anderen Gesetzesvorschriften ergibt. Nach § 750 ZPO darf die Zwangsvollstreckung nämlich sowieso nur beginnen, wenn die Person, gegen die sie stattfinden soll, in dem Titel namentlich bezeichnet ist.

Der mitberechtigte Dritte ist dies aber nicht. §§ 735 ff. ZPO würden also nur anordnen, daß gegen den Dritten zunächst ein Titel erwirkt werden muß[9].

Nach h.M. gelten allerdings die Vorschriften der §§ 736 ff. ZPO nicht nur für den Fall, daß bei Mitberechtigten vollstreckt wird, sondern auch und vor allem dann, wenn in Gegenstände vollstreckt wird, die sich beim Titelschuldner befinden[10]. Hierfür spricht auch, daß die §§ 736 ff. ZPO nicht danach unterscheiden, wo sich der Vollstreckungsgegenstand befindet.

Eine grundsatzkonforme Auslegung der §§ 736 ff.ZPO ist aber dadurch zu erreichen, daß man bei einem Verstoß gegen sie die Vollstreckung nur im Verhältnis zwischen Gläubiger zu Dritten als "unzulässig" ansieht. Dann würden die §§ 736 ff. ZPO zwar auf den ersten Blick wiederum nur eine Forderung wiederholen, die sich schon aus anderen Gesetzesvorschriften ergibt. Daß nämlich der

---

9) Von dieser Auffassung gingen offenbar die Motive zum BGB bei § 739 a.F. ZPO aus, der bei der Vollstreckung gegen Ehegatten dieselbe Problematik enthielt wie die §§ 736 ff. n.F. ZPO: "Wenngleich dieser in § 739 ZPO ausgesprochene Satz als selbstverständlich angesehen werden kann, so ist es doch bei der Wichtigkeit dieser Frage als angemessen erachtet, denselben ausdrücklich auszusprechen." (Motive zum BGB, Bd.IV, S. 257).

10) Beitzke, ZZP 68,248 ff.; Walsmann, Voraussetzungen S. 9; Lent, ZZP 70,401 ff.; Seuffert, Gruchot 43, 133 ff.
Henckel. Parteilehre, S. 68, bezeichnet die Tatsache, daß dem Duldungsbeklagten mit dem Duldungstitel zugleich auch seine Einwendungen aus dem Gewahrsam an den Haftungsobjekten genommen werden, als eine bloß angenehme Nebenfolge. Daß ein Dritter Gegenstände in Gewahrsam habe, die für einen Zahlungstitel gegen den Schuldner der Forderung haften, rechtfertige aber nicht die Duldungsklage gegen den Dritten.

Drittberechtigte i.S.d. §§ 736 ff. ZPO die Vollstreckung im Ergebnis verhindern kann, ergibt sich schon aus § 771 ZPO. Die in den §§ 736 ff. ZPO behandelten Mitberechtigungen sind nämlich allesamt Rechte i.S.d. § 771 ZPO und würden somit auf eine Klage des Dritten dazu führen, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird.

Allerdings stünden diesen Drittrechten in den Fällen der §§ 736 ff. ZPO regelmäßig die Ansprüche der Gläubiger aus § 427 BGB (§ 736 ZPO), § 1086 BGB (§ 737 ZPO), § 1413 BGB (§ 740 ZPO), § 2058 BGB (§ 747 ZPO), § 2213 III BGB (§ 748 II ZPO) entgegen. Nach diesen Vorschriften kann der Gläubiger von dem Mitberechtigten ebenso wie von dem Titelschuldner die Befriedigung der titulierten Forderung verlangen. Diese persönliche Haftung der Mitberechtigten würde ihre Klage aus § 771 ZPO zu Fall bringen. Hier deutet sich der besondere Sinn der §§ 736 ff. ZPO an. Die Zwangsvollstreckung soll nach diesen Vorschriften nicht schon dann gegenüber den Mitberechtigten rechtmäßig sein, wenn eine solche Forderung des Gläubigers gegen den Mitberechtigten besteht. Sie soll es nur dann sein, wenn diese Forderung auch vor der Zwangsvollstreckung in einem Duldungs- oder Leistungstitel festgestellt ist.

Die §§ 736 ff. ZPO wollen also verhindern, daß der Streit um die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Vollstreckung <u>während des Ablaufs des Vollstreckungsverfahrens</u> im Verfahren nach § 771 ZPO ausgetragen wird. Entsprechend dieser Auffassung sieht Walsmann den Sinn und Zweck der §§ 736 ff. ZPO darin, bei diesen verwickelten Verhältnissen durch eine entsprechende Normierung auf eine vorherige Klärung der Verhältnisse hinzudrängen und nach

Möglichkeit einer Reihe von Prozessen aus §§ 771 ff. ZPO von vornherein den Boden zu entziehen[11]. Ähnlich argumentiert Lent, wenn er durch das Erfordernis des Duldungstitels bei §§ 737 ff. ZPO im voraus, also vor Beginn der Zwangsvollstreckung, durch die Klage geklärt wissen will, ob im Einzelfall die Haftung des Mitberechtigten gegeben ist. Die vorherige Feststellung scheine besser als der Weg, die Vollstreckung ohne Duldungstitel auf alle Fälle zu gestatten, der Klage aus § 771 ZPO aber stattzugeben, falls eine Haftung nicht besteht[12].

Wollen die §§ 736 ff. ZPO also nur einen sowieso auftauchenden Streit vorwegnehmen, so ist nicht einzusehen, warum sie darüber hinaus auch noch eine Ausnahme von dem Grundsatz schaffen sollten, daß die Vollstreckungsorgane die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen zu prüfen hätten.

§§ 736 ff. ZPO wenden sich also nicht an die Vollstrekkungsorgane, sondern fordern den Gläubiger auf, sich vor Beginn der Zwangsvollstreckung zu versichern, ob er in teilweise fremde Rechte vollstrecken darf. Andernfalls ist die Vollstreckung des Gläubigers im Verhältnis zu dem am Vollstreckungsobjekt Mitberechtigten "unzulässig".

d) Dieses Ergebnis wird auch durch einen Blick auf die im systematischen Zusammenhang mit den §§ 736, 737, 740 II, 743, 747, 748 II stehenden §§ 735, 740 I, 741, 748 I ZPO bestätigt. In den durch diese Vorschriften geregelten Fällen bedarf das Recht eines Beteiligten einer Berücksichtigung im Titel des Gläubigers nicht.

---

11) a.a.O., S. 9 f.

12) ZZP 70,401 f., 405 ff.

Das Anteilsrecht des Vereinsmitglieds nach § 735 ZPO, das Anteilsrecht des Ehegatten, wenn der andere das Gesamtgut verwaltet (§ 740 I ZPO), das Recht des verwaltenden Ehegatten im Falle des vom anderen selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes (§ 741 ZPO) und schließlich das Recht des Erben in § 748 I ZPO bleiben außer Betracht, wenn in das Vermögen des Vereins, das Gesamtgut oder den Nachlaß vollstreckt wird. Diese Vorschriften sind also der Sache nach eine Erstreckung der Vollstreckbarkeit gegen Dritte, die nach dem Inhalt des Titels weder Vollstreckungsschuldner noch an der Entstehung des Titels beteiligt sind. Sie unterwerfen schuldnerfremde Rechte der Vollstreckung des Gläubigers und entziehen damit diesen Rechten die Kraft, die Vollstreckung auf dem Wege der §§ 771 ff. ZPO zu beseitigen. Diese Normen regeln also lediglich Fragen, die die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Dritten betreffen. Dann ist es aber naheliegend, daß auch in den mit diesen Normen in systematischem Zusammenhang stehenden Vorschriften nur etwas über die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Dritten ausgesagt wird[13] [14].

---

13) Dies gilt um so mehr, als die Nichtberücksichtigung der Drittrechte in §§ 735, 740 I, 741, 748 I ZPO sich ebenfalls darauf beschränken soll, dem Dritten die Klage gemäß § 771 ZPO zu versagen. Sie soll nicht dazu führen, daß auch ein der Vollstreckung entgegenstehender Gewahrsam des Dritten nicht beachtet werden darf.

14) Dementsprechend werden für den Bereich der Immobiliarvollstreckung §§ 736 ZPO u.a. auch von denen, die sich ausdrücklich dazu äußern, grundsatzkonform ausgelegt (so Hein., Duldung, S.317/318, 319; vgl. auch J. Blomeyer, Rpfl.1969,284, Fußn.45). Das Vollstreckungsorgan habe nicht die wahre materiellrechtliche Rechtszuständigkeit zu prüfen, sondern wie auch sonst an die Grundbucheintragung anzuknüpfen. Eine Nachprüfung der Richtigkeit des Grundbuchinhalts sei nicht zulässig.

2. Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz, daß die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjekts zum Schuldnervermögen nicht zu prüfen ist, könnte sich aus § 739 ZPO n. F. ergeben. Nach dieser Vorschrift gilt für die Durchführung der Zwangsvollstreckung der Schuldner insoweit als Gewahrsamsinhaber und Besitzer, wie zugunsten der Gläubiger eines Ehemannes oder der Gläubiger der Ehefrau gemäß § 1362 BGB vermutet wird, daß der Schuldner Eigentümer beweglicher Sachen ist[15]. § 739 ZPO fingiert damit den

---

Lediglich bei der Vollstreckung in bewegliche Sachen wird eine solche systemkonforme Auslegung abgelehnt. Dort soll nicht der Gewahrsam des Titelschuldners ausreichen; das Vollstreckungsorgan soll vielmehr prüfen, ob auch ein Duldungstitel gegen den Mitberechtigten i.S.d. §§ 736 u.a. ZPO vorliegt. Damit müßte es aber zunächst das Vorliegen der Mitberechtigung prüfen. Expressis verbis behauptet dies neben J. Blomeyer a.a.O. zwar nur Hein, Duldung, S. 318 f. zu § 739 a.F. ZPO. Mittelbar tut dies jedoch die h. M. indem sie dem Mitberechtigten bei Nichtvorliegen eines Titels gegen ihn die Erinnerung gibt (vgl. die in Fußn. 7 genannten Vertreter der h.M.). Damit zwingt sie das Vollstreckungsorgan aber zur Prüfung der Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjekts zum Schuldnervermögen. Seltsamerweise sprechen einige Autoren des Vollstreckungsgericht aber im Erinnerungsverfahren die Befugnis ab zu prüfen, ob tatsächlich eine Mitberechtigung besteht (Seuffert, Gruchot, 43,133, 136 f. m.w.N.). Da man nicht annehmen kann, daß diese Autoren dem Gerichtsvollzieher eine Prüfung zumuten, die sei vom Vollstreckungsgericht nicht aufbürden wollen, ist ihnen wahrscheinlich entgangen, da sie mit ihrer Interpretation der §§ 736 u.a. ZPO dem Gerichtsvollzieher zumuten, die Existenz von Mitberechtigungen an den zu prändenden Sachen zu prüfen. Nur wenige haben das Problem gesehen und schränken dahin ein, das Vorliegen eines Titels gegen den Mitberechtigten müsse nur dann geprüft werden, wenn feststeht, daß eine Mitberechtigung existiert (Walsmann, Voraussetzungen, S. 47; Jolly, AcP 93,462; LG Darmstadt, Hess.Rspr. 4,179). Mit diesem Feststehen, d.h. der Offensichtlichkeit des Rechts eines Dritten, werden wir uns noch später unter 4. befassen.

15) Zur Entwicklung, die zu dieser Vorschrift führte, vgl. Müller, Ehegattenvollstreckung, S. 18 ff.

Alleingewahrsam des Schuldners[16], also die äußere Vermutungsbasis, die nach § 808 ZPO vorliegen muß, um den Zugriff der Vollstreckungsorgane auf die Vollstreckungsobjekte zu gestatten und deren Vorliegen es andererseits verbietet, daß das Vollstreckungsorgan die tatsächliche Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen prüft. Dies spricht schon auf den ersten Blick dafür, daß auch im Rahmen des § 739 ZPO diese Zugehörigkeit nicht geprüft werden kann.

Hiergegen wird aber vorgebracht, der Ehegatte, dem die Sache gehöre, könne die Gewahrsamsfiktion des § 739 ZPO ausräumen, indem er die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB widerlege und sein Eigentum beweise[17]. Dies hieße mit anderen Worten, daß das Vollstreckungsorgan sich im Falle des § 739 ZPO nicht auf die hier allerdings nur fingierte Vermutungsbasis verlassen dürfe, sondern die tatsächliche Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen prüfen müsse. Zu dieser Auffassung verleitet § 739 ZPO deshalb, weil er die Gewahrsamsfiktion von der Eigentumsvermutung des § 1362 BGB abhängig macht. Diese Abhängigkeit verführt zu dem Schluß, mit dem Beweis, daß dem Schuldner das Vollstreckungsobjekt nicht gehöre, entfalle auch die Gewahrsamsfiktion. Dieser Schluß wäre aber nur richtig, wenn § 739 ZPO die Gewahrsamsfiktion an das wirkliche Eigentum des Schuldners anknüpfte. Dies ist aber schon vom Wortlaut her gesehen nicht der Fall. § 739 ZPO knüpft nämlich nicht an das Eigentum, sondern ausdrücklich an die in § 1362 BGB enthaltene Eigentumsvermutung an[18].

---

16) Müller, Ehegattenvollstreckung, S. 25 f.; andere reden von einer unwiderleglichen Vermutung.

17) Baur, FamRZ 1958, 252 (255 I 1 b); Boennecke, NJW 1959,1200; Gernhuber, FamR, § 23 II 6; Noack, DGVZ 1960,56 ff.; OLG Stuttgart, Die Justiz 1963,143 f.

18) Stein-Jonas-Münzberg, § 739, Anm. I 2.

Noch stärker sprechen Sinn und Zweck des § 739 ZPO gegen eine solche Auslegung. § 739 ZPO fingiert zugunsten des Vollstreckungsgläubigers den Gewahrsam des Ehegattenschuldners. Er will ihn damit vor den Schwierigkeiten schützen, die bei der Vollstreckung gegen Ehegatten aus den unter diesen häufig vorhandenen Vermengungen und Verschiebungen der Besitz- und Gewahrsamsverhältnisse auftreten können[19]. Da aber der hier fingierte Gewahrsam im Vollstreckungsrecht gerade die Prüfung des Eigentums des Schuldners entbehrlich machen soll, wäre es inkonsequent, wenn der Gesetzgeber die du ch die Gewahrsamsfiktion erteilte Begünstigung wieder dadurch einschränkt, daß er sie nur dann eingreifen läßt, wenn der Schuldner Eigentümer ist.

Dagegen kann man auch nicht einwenden, daß in den Fällen des § 739 ZPO wesentlich ungerechter sei als im Falle des § 808 ZPO, wenn man die Prüfung des Eigentums des Schuldners durch die Prüfung des Gewahrsams ersetze. Zwar bietet der wirklich vorliegende Gewahrsam eine viel stärkere Garantie dafür, daß das Vollstreckungsobjekt dem Schuldner gehört als der vom Gesetzgeber in § 739 n.F. ZPO fingierte Gewahrsam. Aber dieses Ergebnis hat der Gesetzgeber in § 739 ZPO in Kauf genommen. Bei der Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten hat er das Interesse des Gläubigers an der Durchschlagskraft der Vollstreckung noch höher bewertet als im Normalfall, weil die Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten besonders verwickelt und damit für den Gläubiger schon sowieso risikoreich genug sind[20].

---

19) LG Essen, NJW 1963,2007; Reinicke, Betrieb 1965, 961 ff.; Müller, Ehegattenvollstreckung, S. 32, Stein-Jonas-Münzberg, § 739, Anm. III 2.

20) Vgl. Reinicke, a.a.O.; LG Essen, a.a.O.

Im Ergebnis kann also festgehalten werden, daß auch in § 739 ZPO keine Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtprüfung der Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen angeordnet ist[21].

3. Bei der Vollstreckung in bewegliche Sache scheint eine echte Ausnahme vom Grundsatz der Nichtprüfung der Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen in den Fällen vorzuliegen, in denen der Schuldner nach dem Titel nur zur Duldung der Vollstreckung in fremdes Vermögen verpflichtet ist[22]. Derartige Titel gibt es namentlich gegen die Verwalter fremden Vermögens, wie z. B. den Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter usw. Entsprechends gilt bei der Vollstreckung in das Vermögen einer juristischen oder physischen Person, wenn sich der Vollstreckungsakt gegen den gesetzlichen Vertreter richtet[23]. Zu denken ist hierbei an die Vollstreckung bei den Eltern, beim Vormund, beim Nachlaßpfleger oder beim Vereinsvorstand in das Kindes-, Mündel-, Erben- oder Vereinsvermögen. In diesen Fällen ist es naheliegend, daß das Vollstreckungsorgan die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zu dem allein der Zwangsvollstreckung unterliegenden Sondervermögen prüfen muß, da eine den

---

21) Im Ergebnis ebenso Müller, Ehegattenvollstreckung, a.a.O.; Reinicke, a.a.O.; Stein-Jonas-Münzberg, § 739, Anm. III 2; Thomas-Putzo, § 739, Anm. 4 b; Zöller-Scherübl, § 739, Anm. 2; Lent-Jauernig, § 17 II; LG Essen, a.a.O.; LG Bamberg, FamRZ 1962, 391.

22) Schönke-Baur, § 26 II 2; Stein-Jonas-Pohle, § 803, Anm. I 2 i.V.m. II 5; vgl. auch § 118 Nr. 4 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher.

23) Stein-Jonas-Pohle, a.a.O.; hieraus ergibt sich, daß man dann, wenn man die Konkursverwalter usw. als echte Vertreter des Gemeinschuldners usw. ansieht, nicht anders entscheiden würde.

Gewahrsam vergleichbare äußere Basis fehlt, die eine Gewähr für die Zugehörigkeit zu diesem Vermögen bietet[24].

Allerdings könnte man an eine analoge Anwendung der §§ 780, 781, 785 ZPO denken. In diesen Vorschriften sind die Fälle geregelt, in denen der Schuldner, namentlich der Erbe, zwar mit seinem Vermögen, aber beschränkt auf einen Teil davon haftet[25]. Hier bleibt die Beschränkung der Haftung im Vollstreckungsverfahren außer Betracht. Der Schuldner muß sie im Wege der Klage nach § 785 ZPO geltendmachen. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift setzt aber voraus, daß das Gesetz eine Lücke, d.h. eine, an der Absicht und Teleologie des Gesetzes gemessen, planwidrige Unvollständigkeit aufweist[26]. Eine solche liegt jedoch nicht vor. Zwischen dem hier vorliegenden Fall und den Fällen der §§ 780, 785 ZPO besteht ein wesentlicher Unterschied. In § 780 ZPO haftet der Erbe nicht nur mit dem ererbten, sondern mit seinem gesamten Vermögen. Er hat nur das Recht, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Die Parteien kraft Amtes haften dagegen schon nach bürgerlichem Recht nur mit der besonderen Vermögensmasse, die ihnen zur Verwaltung überlassen ist. Die gesetzlichen Vertreter haften überhaupt nicht. Dieser Unterschied führt dazu, daß der Erbe seine Haftung nur beschränken kann, wenn er sich im Erkenntnisverfahren auf diese Beschränkung ausdrücklich beruft. Die Parteien kraft Amtes werden dagegen im Erkenntnisverfahren schon ipso iure nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Schuldnervermögen verurteilt.

---

24) Stein-Jonas-Pohle, § 808, Anm. II 5, meinen, nach dem Sinn des § 808 ZPO müsse es in diesen Fällen aber genügen, wenn nach den Umständen eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht. Worin diese Umstände liegen sollen, bleibt unklar.

25) Stein-Jonas-Pohle, a.a.O.

26) Larenz, Methodenlehre, S. 357 f.

Die gesetzlichen Vertreter schließlich werden überhaupt nicht verurteilt. Diese schon im Erkenntnisverfahren zu beachtende stärkere Stellung der Vermögensverwalter muß sich auch im Vollstreckungsverfahren in der Weise auswirken, daß die Zugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zu dem der Vollstreckung unterworfenen Vermögen geprüft wird. Die dadurch entstehende Verzögerung der Zwangsvollstreckung muß in Kauf genommen werden. Die Parteien kraft Amtes haften nämlich, ebenso wie die gesetzlichen Vertreter, persönlich überhaupt nicht. Sie sind nur dadurch in die Zwangsvollstreckung hineingezogen worden, daß sie, auch im Interesse der Vollstreckungsgläubiger, das Vermögen des Schuldners tatsächlich verwalten, weil dieser selbst entweder rechtlich oder tatsächlich nicht dazu in der Lage ist. Dies darf aber nicht dazu führen, daß ihnen das Risiko aufgebürdet wird, in der Zwangsvollstreckung eigenes Vermögen zu verlieren. Dies kann nur vermieden werden, wenn der Gerichtsvollzieher die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen prüft.

4. Nach h.M. ist die Vornahme der Zwangsvollstreckung auch dann unzulässig, wenn die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Vermögen eines Dritten "offensichtlich" ist[27]. Zuzustimmen wäre dieser Auffassung, wenn sie bei Vollstreckung in Sachen die Offensichtlichkeit der Drittrechte in den Fällen bejahen würde, in denen die formale Vermutungsbasis, die für die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen spricht, durch ebenso formalisierte äußere Merkmale entkräftet ist.

---

27) BGH, LM Nr. 2 zu § 808 ZPO = ZZP 70,252; LG Koblenz, DGVZ 1968,124; Gaul, Rpfl. 1971,90 Fußn. 405; J. Blomeyer, Rpfl. 1969,283; Kube, MDR 1969,10; Stein-Jonas-Pohle, § 808, Anm. I 1; Schönke-Baur, § 26 II 2; Thomas-Putzo, § 808, Bem. 3 a; Zöller-Scherübl, § 808, Anm. 1 a.

Ein gesetzlicher Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieser Auffassung findet sich in § 28 ZVG. Nach dieser Vorschrift hat das Vollstreckungsgericht die Zwangsvollstreckung in Grundstücke aufzuheben bzw. einzustellen, wenn ihm ein aus dem Grundbuch ersichtliches Recht bekannt ist, welches der Zwangsvollstreckung entgegensteht. In diesem Fall ist die durch die Grundbucheintragung (§ 17 ZVG) begründete Vermutung für die Zugehörigkeit des Grundstücks zum Schuldnervermögen durch ein äußerlich erkennbares Merkmal widerlegt, das eine ebenso beweiskräftige Vermutung für die Rechte des Dritten an dem Vollstreckungsobjekt begründet[28]. Hier handelt es sich aber in Wahrheit nicht um eine echte Ausnahme von dem festgestellten Grundsatz des Vollstreckungsrechtes. Es wird in diesen Fällen nämlich nicht die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen materiellrechtlich geprüft, sondern nur eine ebenfalls formalisierte, d.h. anhand äußerlicher Merkmale leicht erkennbare Widerlegung der Vermutungswirkung der Grundbucheintragung anerkannt. Gelingt eine solche Widerlegung, dann fordern es die Interessen des Dritten, daß die Vollstreckung unterbleibt.

Anhand der vorstehend entwickelten Kriterien sollen nun die in Rechtsprechung und Lehre behandelten Fälle der Offensichtlichkeit der Drittrechte untersucht werden.

---

28) Ähnlich heißt es in § 815 II ZPO, daß gepfändetes Geld zu hinterlegen ist, wenn dem Gerichtsvollzieher glaubhaft gemacht wird, daß an gepfändetem Geld ein die Veräußerung hinderndes Recht eines Dritten besteht. Diese Vorschrift kann aber für die hier untersuchten Fälle nicht herangezogen werden. Sie ist eine echte Ausnahmeregelung, weil sie nur bei der Vollstreckung in Geld eine Widerlegung der Vermutung des § 808 ZPO durch Glaubhaftmachung eines Drittrechtes ausreichen läßt. Diese Ausnahme ist notwendig, damit dem Dritten die Widerspruchsklage ermöglicht wird. Wegen des kurzen Zeitraumes zwischen Pfändung und Ablieferung des Geldes an den Gläubiger wäre die Klage aus § 771 ZPO andernfalls regelmäßig vereitelt (vgl. hierzu Thomas-Putzo, § 815, Anm. 2).

a) Unzulässig soll die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen sein, die einem Handwerker zur Reparatur, einem Frachtführer zum Transport, einem Pfandleiher zum Pfand übergeben wurden, sowie Klagewechsel in den Akten eines Rechtsanwaltes[29]. Diese Auffassung hat der BGH, wenn auch nur in einem obiter dictum, bestätigt, indem er die Pfändung als unzulässig bezeichnete, "wenn bereits für den Gerichtsvollzieher nach Lage der Dinge vernünftigerweise überhaupt kein Zweifel daran bestehen kann", daß die Sachen einem anderen gehören[30] [31].

b) Auch die durch § 739 ZPO begründete Fiktion des Gewahrsams des Ehegattenschuldners soll nach einer Auffassung in der Literatur dann widerlegt sein, wenn offensichtlich ist, daß die Sache dem anderen Ehegatten gehört[32]. Denn es könne keinen Unterschied ausmachen, ob der Schuldner im Einzelfall nur kraft der Fiktion des § 739 ZPO als alleiniger Gewahrsamsinhaber zu gelten habe oder ob ihm tatsächlich Alleingewahrsam zukommt. Offensichtliches Eigentum des anderen Ehegatten wurde in einem Fall bejaht, in dem ein Pkw gepfändet werden sollte, obwohl er nach dem Kfz.-Brief auf den Ehegatten des Schuldners zugelassen war[33]. Zum anderen wurde in der Rechtsprechung

---

29) Stein-Jonas-Pohle, § 808, Anm. I 1; Thomas-Putzo, § 808, Anm. 3 a; Schönke-Baur, § 26 II 2; Kube, MDR 1969,10; vgl. auch § 119 Nr. 2 der GVGA.

30) BGH, LM Nr. 2 zu § 808 ZPO = ZZP 70,252; a.A. RG HRR, 1934, 1563.

31) Die Vollstreckung in die offensichtlich dem Ehegatten gehörige Sache ist ein Sonderproblem. Eine derartige Vollstreckung wird heute allgemein als zulässig angesehen (vgl. Lüke, JZ 1957,114 ff.; Furtner, MDR 63,445 ff.; vgl. zuletzt Blomeyer, Festgabe für von Lübtow, S. 803 f.).

32) Müller, Ehegattenvollstreckung, S. 33 f.; Reinicke, Betrieb 1965, 963.

33) Baur, FamRZ 1958, 252 ff. (253 sub. I 2 b aa); Baumbach-Lauterbach, § 739, Anm. 3 C; Weber, Rpfl. 1959, 179 f. (180 sub.II 5).

offensichtliches Eigentum des anderen Ehegatten bejaht, wenn sich aufgrund einer von ihm vorgelegten notariellen Urkunde ergab, daß er Eigentümer des Vollstreckungsobjekts sei[34].

c) Den unter a) und b) behandelten Fallösungen kann nur teilweise zugestimmt werden. Bei der Mobiliarvollstreckung in Reparatursache bei Handwerkern usw. liegt "offensichtlich" fremdes Eigentum vor. Die Vermutung des § 808 ZPO für das Eigentum des Schuldners ist durch ein äußerlich erkennbares Merkmal widerlegt. Man kann nämlich an dem äußeren Zustand der Sachen erkennen, daß sie wahrscheinlich einem Dritten und nicht dem Schuldner gehören. Der Gerichtsvollzieher ist also weder zu einer langwierigen Tatsachen- noch zu einer Rechtsprüfung über materiellrechtliche Fragen gezwungen. Inkonsequent erscheint es von diesem Standpunkt aus aber, dem Gerichtsvollzieher bei ausdrücklichem Verlangen des Gläubigers auch in solchen Fällen die Pflicht zur Pfändung aufzuerlegen[35]. Wenn der Gerichtsvollzieher das Recht hat, das formalisiert nachgewiesene Eigentum eines Dritten zu beachten, so ist er dazu auch verpflichtet.

Ist bei der Ehegattenvollstreckung gemäß § 739 ZPO nach dem Kfz-Brief der zu pfändende Pkw auf den Ehegatten des Schuldners zugelassen, so ist die Gewahrsamsfiktion des § 739 ZPO nicht widerlegt[36]. Der Kfz-Brief ist kein äußerlich erkennbares Merkmal, das dieselbe Beweiskraft für das Eigentum des dort Eingetragenen hat wie der Gewahrsam für das Eigentum des Ehegattenschuldners.

---

34) LG Koblenz, DGVZ 1968, 124

35) Stein-Jonas-Münzberg, § 739, Anm. III 3.

36) Im Ergebnis ebenso Müller, Ehegattenvollstreckung, S. 37.

Nach § 25 StVZO wird nicht der Eigentümer im Kfz-Brief vermerkt, sondern der Halter. Halter und Eigentümer müssen aber nicht identisch sein, vor allem dann, wenn das Fahrzeug unter Eigentumsvorbehalt gekauft und zur Sicherung übereignet ist. Soweit dem Kfz-Brief überhaupt eine den Eigentümer des Fahrzeugs legitimierende Funktion zukommt, knüpft diese nicht an die Eintragung im Brief, sondern an den Briefbesitz an[37]. Die Besitzverhältnisse an dem Brief können aber bei Ehegatten wegen § 739 ZPO nicht als Indiz für die Eigentumsverhältnisse an dem Kfz in Betracht kommen.

Auch wenn der andere Ehegatte eine notarielle Urkunde vorlegt, aus der sich sein Eigentum ergibt, darf der Gerichtsvollzieher dieses Eigentum nicht berücksichtigen und die Pfändung ablehnen. Diese notarielle Urkunde ist nämlich kein äußerlich erkennbares Merkmal, das ohne rechtliche und tatsächliche Prüfung die Vermutung für das Eigentum des anderen Ehegatten begründet. Sie beweist nur, daß die beurkundeten Erklärungen auch von den als Aussteller bezeichneten Personen abgegeben wurden. Ob diese Erklärungen zum Eigentumsübergang auf den nichtschuldenden Ehegatten führten, erfordert eine rechtliche Prüfung, die der Gerichtsvollzieher im Interesse einer zügigen Vollstreckung gerade nicht vornehmen soll. Sie bringt in die im Interesse des Gläubigers und der Allgemeinheit formalisierte Zwangsvollstreckung ein Element der Unsicherheit.

---

37) Schlechtriem, NJW 1970, 1993, 2088.

III. Konsequenzen der Aufgabenverteilung

Die im vorstehenden erarbeitete Aufgabenverteilung bei der Prüfung des Schuldnereigentums bewirkt, daß der Gläubiger einen Anspruch gegen das Vollstreckungsorgan auf Vornahme der Vollstreckungsakte auch dann hat, wenn in das Eigentum eines Dritten vollstreckt wird. Der Dritte hat keine vollstreckungsrechtliche Abwehrmöglichkeit gegen einen solchen Akt. Diese Aufgabenverteilung zieht ebenso wie die Funktionsverteilung bei der Prüfung des Gläubigeranspruchs eine Verantwortungsteilung nach sich. Das Vollstreckungsorgan handelt also nicht rechtswidrig i.S. der §§ 53 StGB und 839 BGB, wenn es in schuldnerfremdes Eigentum vollstreckt. Hieraus ergibt sich auch, daß die Eigentumsübertragung auf den Ersteher rechtmäßig und damit wirksam ist[38].

---

38) Diese Verteilung der Prüfungsverantwortung hat m.E. keine Auswirkungen auf die Entstehung der Zwangshypothek. Insbesondere führt sie nicht dazu, daß die Zwangshypothek unabhängig von der Existenz des titulierten Anspruchs bzw. der Zugehörigkeit des Zugriffsgrundstücks zum Schuldnervermögen entsteht (vgl. Gaul, Rpfl. 1971,8 f.).

Dies ergibt sich allerdings nicht schon daraus, daß die Zwangshypothek auch nach der heute allgemein anerkannten öffentlichrechtlichen Betrachtung der Zwangsvollstreckung rein privatrechtlichen Charakter hat, d.h. eine bürgerlichrechtliche Sicherungshypothek ist. Denn auch die Zwangsübereignung der gepfändeten Sache hat nur privatrechtliche Wirkung und ist in ihrer Wirksamkeit dennoch von Bestehen der Forderung unabhängig. Einen Einfluß auf die Entstehungsvoraussetzungen der Zwangshypothek hat die Funktionsverteilung aber deshalb nicht, weil sich bei der Zwangshypothek vor die Verwertung durch die Vollstreckungsorgane noch bestimmungsgemäß ein Rechtsstreit des Vollstreckungsgläubigers gegen den Schuldner vor dem erkennenden Gericht schiebt (vgl. Gaul, Rpfl. 1971,9, Fußn. 92). In diesem Rechtsstreit kann der Schuldner ohne Verstoß gegen die Funktionsverteilung zwischen erkennendem Gericht und Vollstreckungsorgan das Fehlen der Forderung einwenden. Dann ist es aber anders als bei der allein durch die Vollstreckungsorgane vorzunehmenden

Auch diese Konsequenz wird neuerdings für die Versteigerung beweglicher Sachen von Gerhard Huber bestritten[39].

Er behauptet, die Versteigerung sei rechtswidrig, wenn in das Eigentum eines Dritten vollstreckt wird. Diese Rechtswidrigkeit führe zur Unwirksamkeit des Eigentumserwerbes des Erstehers, wenn der Ersteher den Fehler kenne oder der Fehler offensichtlich war. Ein Vollstreckungsakt sei nämlich nicht nur rechtswidrig, wenn die Art seines Zustandekommens nicht zu beanstanden sei. Rechtswidrig sei er auch dann, wenn der herbeigeführte Erfolg nicht mit der Rechtsordnung im Einklang stehe.

Unabhängig von den methodischen Bedenken gegen diese Argumentation Hubers[40] ist seine Auffassung deshalb nicht überzeugend, weil die Versteigerung einer schuldnerfremden Sache keinen rechtswidrigen Erfolg herbeiführt.

Verwertung gepfändeter bzw. beschlagnahmter Sachen gerechtfertigt, das Entstehen der Zwangshypothek vom Anspruch und Schuldnereigentum unabhängig zu machen.
Teilweise anderer Ansicht ist Lüke, NJW 1954, 1669 ff., der entgegen der h.M. aus dem öffentlichrechtlichen Entstehungstatbestand und aus einem Vergleich mit den Entstehungsvoraussetzungen des seiner Meinung nach öffentlichrechtlichen Pfändungspfandrechtes folgert, daß die Zwangshypothek zugunsten des Gläubigers auch bei bloßem Lucheigentum des Schuldners entstehe. Die hiermit getroffene Unterscheidung zwischen der als "Wesens"-voraussetzung der Hypothek erforderlichen Akzessorietät von einer Forderung und der als "Entstehungs"-voraussetzung nicht erforderlichen Zugehörigkeit des Grundstücks zum Schuldnervermögen ist allerdings nicht recht einleuchtend.

39) Versteigerung, § 62 ff, vgl. auch oben § 4 II; ähnlich BGHZ 32, 242 = NJW 1960, 1461, wonach die zur Beitreibung einer Steuerforderung erfolgende Zwangsvollstreckung, mit der in das Eigentum eines Dritten eingegriffen wird, einen rechtswidrigen hoheitlichen Eingriff in die Rechtssphäre des Dritten darstellt. Die BGH verneint allerdings einen Anspruch aus enteignungsgleichen Eingriff, weil der Eingriff nicht im Interesse der Allgemeinheit erfolgte (S. 245).

40) Vgl. dazu oben § 4 II

Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des mit der Versteigerung herbeigeführten Erfolges darf nämlich entgegen Hubers Auffassung nicht auf die Privatrechtsordnung zurückgegriffen werden. Zwar ist es richtig, daß dem Dritten die Möglichkeit eingeräumt ist, sein materielles Privatrecht mit der Klage nach § 771 ZPO oder nach Beendigung der Vollstreckung mit dem Anspruch aus §§ 812, 823 ff BGB geltend zu machen. Huber übersieht aber, daß hierbei nicht die Akte der Vollstreckungsorgane, sondern die des Gläubigers als unrechtmäßig bewertet werden. Die Akte des Vollstreckungsorgans sind dagegen rechtmäßig. Sie werden als Folge der öffentlichrechtlichen Auffassung von der Natur der Zwangsvollstreckung nicht an der Privatrechtsordnung, sondern nur an der ZPO gemessen. Gerade die Tatsache, daß die ZPO den Dritten zur Geltendmachung seines Rechts in ein besonderes Klageverfahren verwiesen hat und im Vollstreckungsverfahren anstelle des Eigentums des Schuldners ein formalisiertes Merkmal wie den Gewahrsam des Schuldners gesetzt hat, der eine Gewähr für die Übereinstimmung mit der Privatrechtsordnung bietet, zeigt, daß diese selbst bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsakte keine Bedeutung hat[41].

---

41) Auch mit Hilfe des Art. 14 GG läßt sich nicht begründen, daß die Versteigerung ohne Gläubigerforderung oder ohne Schuldnereigentum rechtswidrig ist. Zwar ist nach Art. 14 GG der Staat verpflichtet, das Eigentum der Bürger zu beachten. Die Eingriffe der Vollstreckungsorgane bedürfen also der gesetzlichen Grundlage. Diese gesetzliche Grundlage finden wir jedoch in der ZPO, die dem Eigentum gesetzliche Grenzen setzt (Henckel, Prozeßrecht, S. 237). Im übrigen ist es nicht ganz unbedenklich, die Vollstreckung als einen echten hoheitlichen Eingriff in Eigentum und Freiheit anzusehen, ähnlich wie im Eingriff durch einen Verwaltungsakt. Der Vergleich des Vollstreckungsrechts mit dem Verwaltungsrecht hat zwar einen gewissen Erkenntniswert, darf aber nicht dazu führen, daß die Grundsätze des Verwaltungsrechts kritiklos auf das Vollstreckungsrecht übertragen werden (vgl. dazu Gaul, Rpfl. 1971, S. 41 nach Fußn. 109).

§ 6 Vollstreckung in Rechte

I. Besonderheiten gegenüber der Sachpfändung

Eine gewisse Sonderstellung nimmt im Zusammenhang mit der Prüfung der Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen die Vollstreckung wegen Geldforderungen in unkörperliche Gegenstände, also Forderungen (§§ 829 ff. ZPO), Herausgabeansprüche (§§ 847 ff. ZPO) und sonstige Rechte (§ 857 ZPO) ein.

Bei ihr fehlt, anders als bei der Vollstreckung in Sachen, eine äußerlich erkennbare Vermutungsbasis für die Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjekts zum Schuldnervermögen[42]. Sie wäre auch gar nicht möglich, da unkörperliche Gegenstände in der sichtbaren Wirklichkeit nicht existieren, sondern nur gedacht werden. Hieraus könnte man schließen, bei der Vollstreckung in Rechte sei die Prüfung der Zugehörigkeit der Rechte zum Schuldnervermögen erforderlich. Diese Auffassung scheint auf den ersten Blick von denjenigen vertreten zu werden, die vom Vollstreckungsgläubiger eine sog. schlüssige Behauptung der Zugehörigkeit des Rechts

---

42) Mit Ausnahme der in Wertpapieren verbrieften Forderungen, die daher gemäß §§ 821 ff, 831 ZPO auch wie Sachen gepfändet werden (vgl. Peter Geib, Verstrickung, S. 47). Dagegen werden bloße Legitimationspapiere, bei denen der "Bestand" des Rechtes nicht vom Papier abhängig ist, z.B. Sparkassenbücher, zwar auch vom Gerichtsvollzieher weggenommen, aber dies ist nur eine Hilfsvollstreckung, neben der die Pfändung der Forderung nach den dafür gegebenen Vorschriften (§ 829 ZPO) bewirkt werden muß.

zum Schuldnervermögen fordern[43]. Eine Schlüssigkeitsprüfung verlangt nämlich die volle materiellrechtliche Prüfung der Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen. Daß diese Prüfung nur aufgrund des Vortrages des Gläubigers vorgenommen wird, würde keine Abschwächung bedeuten. Diese Beschränkung erfolgt nämlich daraus, daß der Schuldner bei der Rechtspfändung nach § 834 ZPO aus Gründen, die mit der Prüfung der Vermögenszubehörigkeit nicht zusammenhängen, nicht gehört werden darf[44].

Die von der Literatur interpretierte Rechtsprechung hat m.E. jedoch niemals eine echte Schlüssigkeitsprüfung gefordert. Sie hat keinen vollständigen Vortrag aller die Zugehörigkeit des Rechts zum Schuldnervermögen ergebenden Tatsachen verlangt, sondern z.B. bei der Vollstreckung in Forderungen eine bloße Behauptung ausreichen lassen, die den Rechtsgrund und den von der Pfändung erfaßten Betrag der zu prändenden Forderung enthält. Diese Angaben werden aber nicht verlangt, um die Prüfung der

---

43) Stöber, Forderungspfändung, S. 123; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 829 Anm. II 3; Baumbach-Lauterbach, § 829 Anm. 2 b; Thomas-Putzo, § 829, Anm. 2; Peter Geib, Verstrickung, S. 75, Fußn. 67; Lüke, JZ 1959,272, Fußn. 13; Stein, Grundfragen, S. 41; unter Verweis auf die Rechtsprechung seit OLG Jena, OLGE 23,214; LG Berlin, JW 1915,732; OLG Naumburg, JW 1936,401; LG Berlin, JW 1938,606; OLG Hamburg, MDR 1952,368; OLG Hamm, Rpfl.1956,197; LG Kempten, Rpfl.1968, 291 m.Anm. Mes.
Entschieden ist dies zwar nur für den Fall, daß das gepfändete Recht überhaupt nicht besteht. Der Fall, daß das gepfändete Recht nicht dem Schuldner zusteht, wird jedoch in der Literatur stehts genau so behandelt (vgl. z.B. Stöber, Forderungspfändung, S. 123 f., S. 201 f.).

44) § 834 ZPO will verhindern, daß der Schuldner die Vollstreckung durch Einziehung oder Zession der Rechte vereitelt.

Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen zu ermöglichen, sondern um das Ausmaß und den Gegenstand des hoheitlichen Zugriffs kenntlich zu machen. Dies ist bei einer Forderung als einer gedachten Größe nämlich besonders notwendig.

Nur soweit sich schon aus dem Vortrag des Gläubigers ergibt, daß die Forderung dem Schuldner nicht zusteht, hat die Rechtsprechung die Zurückweisung des Vollstreckungsgesuchs gestattet, und zwar meist mit der Begründung, das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Diese Argumentation der Rechtsprechung spricht aber dafür, daß die Zurückweisung des Vollstreckungsantrags in diesen Fällen nur in Anwendung der auch bei der Vollstreckung in Sachen vertretenen Meinung erfolgte, daß die Zugehörigkeit zu fremdem Vermögen dann berücksichtigt werden müsse, wenn sie "offensichtlich" sei[45]. Ob diese Berücksichtigung der Nichtzugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum Schuldnervermögen bei "Offensichtlichkeit" richtig ist, wird sogleich untersucht werden. An dieser Stelle genügt es aufzuzeigen, daß mit dem Erfordernis der Schlüssigkeitsprüfung bei der Forderungspfändung keine generelle Prüfung der Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjekts zum Schuldnervermögen verlangt wird.

Es kann somit festgestellt werden, daß auch bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte keine Prüfung der Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Schuldnervermögen vorgenommen wird, obwohl eine äußerlich erkennbare Vermutungsbasis für diese Zugehörigkeit fehlt. Die Prüfung der Zugehörigkeit des Vollstreckungsobjektes zum Vermögen eines Dritten bleibt auch hier dem erkennenden Gericht im Rahmen der Klage aus § 771 ZPO vorbehalten.

---

45) Dies ist aber der zitierten Rechtsprechung selbst nicht bewußt geworden (vgl. z.B. OLG Hamm, Rpfl.1962,-51; Rpfl. 1956,197; LG Kempten, Rpfl.1968,291).

Nach den oben bei der Vollstreckung in bewegliche Sachen entwickelten Grundsätzen konnte ein Drittrecht dann berücksichtigt werden, wenn die Vermutungswirkung von Gewahrsam und Grundbucheintragung durch ebenfalls äußerlich erkennbare Merkmale entkräftet wurde[46]. Fraglich ist, ob bei der Zwangsvollstreckung in Rechte ähnliches gilt, wenn sich schon aus dem Vortrag des Gläubigers ergibt, daß das Recht nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten zusteht[47]. Wenn damit gemeint wäre, daß dann, wenn der Gläubiger einfach behauptet, nicht der Schuldner sei Inhaber des zu pfändenden Rechtes, so wäre dem sicher zuzustimmen. Macht der Gläubiger aber tatsächliche Ausführungen zur Behauptung der Existenz des gepfändeten Rechtes, aus deren rechtlicher Würdigung sich ergibt, daß das Recht einem Dritten zusteht, so darf dies vom Vollstreckungsorgan nicht beachtet werden. Auch in diesen Fällen führt die Rechtsprüfung zu einer Verlangsamung des Vollstreckungszugriffs[48].

---

46) Bei der Vollstreckung in Forderungen und sonstige Rechte werden die §§ 736 u.a. ZPO grundsatzkonform ausgelegt. Hier soll die Behauptung genügen, das Vollstreckungsobjekt stehe dem Schuldner zu (Hein, Duldung, S. 315, 319; J. Blomeyer, Rpfl. 1969,284, Fußn. 45).

47) So die Nachweise in Fußn. 43. Die Frage, ob die Existenz des gepfändeten Rechtes geprüft werden darf, gehört zwar nicht unmittelbar in diesen Zusammenhang. Sie ist aber im Ergebnis genau so zu entscheiden (vgl. dazu LG Kempten, Rpfl. 1968,291 m. Anm. Mes; J. Blomeyer, Rpfl. 1969,281, Fußn.29).

48) Vgl. J. Blomeyer, Rpfl. 1969,283.

II. Folgen für die Wirksamkeit der Vollstreckungsakte

1. Die soeben getroffene Feststellung, daß bei der Vollstreckung in Rechte eine äußerlich erkennbare Vermutungsbasis für die Zugehörigkeit der Vollstreckungsobjekte zum Schuldnervermögen fehlt[49], gibt Veranlassung zu der Frage, ob dieses Fehlen nicht dazu führen muß, daß die Vollstreckung in Rechte, die einem Dritten zustehen, geringere Wirkung hat als die Vollstreckung in Sachen, die nicht dem Schuldner gehören.

Die Vollstreckungshandlungen in schuldnerfremde Sachen wurden u.a. deshalb als wirksam angesehen, weil Gewahrsam und Grundbucheintragung eine Gewähr dafür bieten, daß die Vollstreckungsobjekte dem Schuldner gehören. Da bei der Vollstreckung in Rechte eine solche Vermutungsbasis für die Zugehörigkeit des Rechtes zum Schuldnervermögen fehlt, scheint die Rücksicht auf den Dritten zu gebieten, die Pfändung schuldnerfremder Rechte unwirksam sein zu lassen[50]. Denn anderenfalls könnte der Dritte sein Recht nicht mehr mit Wirkung gegenüber dem Gläubiger einziehen und auch nicht mehr durch Abtretung über es verfügen (§§ 135, 136 BGB), bevor er nach § 771 ZPO vorgegangen ist[51]. Und dies nur deshalb, weil der Gläubiger einfach behauptet, das Recht stände dem Schuldner zu.

---

49) Zu den in Urkunden verbrieften Rechten vgl. Fußn. 42

50) Diese Begründung gibt auch Henckel, Prozeßrecht, S. 319; ähnlich J. Blomeyer, Rpfl. 1969,281

51) Vgl. zu den Wirkungen der Verstrickung Geib, Verstrickung, S. 13 ff., 16 ff.

Dementsprechend vertritt auch die h.M. die Auffassung, daß die Vollstreckung in ein schuldnerfremdes Recht unwirksam sei[52]. Anderer Ansicht war in neuerer Zeit nur das OLG München[53]. Der Senat meinte, durch die Vollstreckung entstehe an einer schuldnerfremden Forderung genau wie an der schuldnerfremden Sache zwar kein Pfändungspfandrecht, wohl aber die Verstrickung. Er begründet seine Auffassung damit, daß Rechtsprechung und Literatur dem wahren Forderungsinhaber die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage einräumten. Wenn man aber dies tue, dann könne die Pfändung kein Nichts darstellen; vielmehr bewirke sie die Verstrickung der Forderung, die nach § 771 ZPO beseitigt werden könne. Denn ein bloßes Nichts könne doch nicht gestaltet werden.

Dieses begriffsjuristische Argument ist jedoch nicht überzeugend. Der Gestaltungsklage aus § 771 ZPO gegen den Pfändungsakt stehen auch dann keine Bedenken entgegen, wenn er wirkungslos ist. Der äußere Tatbestand des Vollstreckungsaktes ist nämlich in der Welt, auch wenn er seine angestrebte Wirkung verfehlt. Der durch den Vollstreckungsakt begründete Rechtsschein belastet ungeachtet der rechtlichen Irrelevanz des Aktes den Betroffenen tatsächlich so, daß dieser ein Interesse daran hat, den rechtlich wirkungslosen Akt zu beseitigen[54]. Daß ein derartiges Interesse die Zulässigkeit einer Klage begründen kann, zeigt § 43 II 2 VwGO, der die Anfechtungsklage auch gegen einen nichtigen, also wirkungslosen Verwaltungsakt zuläßt.

---

52) Baumbach-Lauterbach, § 829, Anm. IV b; Stein-Jonas-Pohle, § 829, Anm. IV 1, Stein, Grundfragen, S. 41; Lüke, JZ 1957,243; Merz, NJW 1955,347; Weigelin, Forderungspfändung, S. 18; vor allem P. Geib, Verstrickung, S. 75 ff.; vgl. neuerdings Henckel, Prozeßrecht, S. 319; A. Blomeyer, Festschrift für von Lübtow, S. 809.

53) OLG München, NJW 54, 1154 f.

54) Lüke, JZ 1957,243; Geib, Verstrickung, S. 76

2. Offen geblieben ist jedoch nach meinen bisherigen Überlegungen noch die Frage, wie man die Unwirksamkeit der Pfändung der schuldnerfremden Forderung dogmatisch begründen kann. Die h.M. argumentiert folgendermaßen: Der Pfändungsakt kann nur dann eine Wirkung haben, wenn das Pfändungsobjekt überhaupt bestehe. Spricht der Pfändungsbeschluß trotz Nichtbestehens des Pfändungsobjekts eine Pfändung aus, so erstrebt er etwas tatsächlich Unmögliches. Hier gilt entsprechendes wie bei der Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt. Fehlt es an einer Substanz für diesen Akt, so müsse er zwangsläufig nichtig sein. Pfändet nun der Gläubiger eine zwar an sich bestehende, aber nicht dem Schuldner zustehende Forderung, so ist dies ebenso zu behandeln, als sei die Forderung überhaupt nicht vorhanden[55].

Dieser Schluß leuchtet nicht ein. Er wäre m.E. nur zwingend, wenn die Existenz eines bestimmten Gläubigers für die Forderung so wesentlich wäre, daß die Forderung infolge der Zuordnung zu einem anderen Gläubiger untergehen würde. Dagegen spricht aber, daß nach unserem Recht eine Zession die Identität der zedierten Forderung unberührt läßt. Es entsteht infolge der Zession keine neue Forderung für den Zessionar, sondern er erhält dieselbe Forderung, die schon dem Zedenten zustand. Man kann also nicht sagen, bei der Pfändung einer dem Schuldner nicht zustehenden Forderung seien zwei Forderungen im Spiel, nämlich die des Zessionars, die besteht, aber nicht gepfändet ist, und die des Schuldners, die gepfändet ist, aber nicht besteht[56].

---

55) Amend, Pfändungspfandrecht, S. 56; Lüke, JZ 1957, 243, Weigelin, Forderungspfändung, S. 19.

56) Dagegen schon Stein, Grundfragen, S. 41 f.

Genausowenig überzeugend ist das Argument, der Pfändungsbeschluß sei ungenau und damit unwirksam, weil die zu pfändende Forderung wegen der falschen Gläubigerangabe falsch bezeichnet und damit nicht identifizierbar sei[57]. Wenn für die Wirksamkeit des Pfändungsbeschlusses eine hinreichend konkrete Beschreibung der Forderung verlangt wird, so geschieht dies, weil zum Zweck der Klarheit und Rechtssicherheit des Vollstreckungsgeschehens jederzeit und für jedermann ersichtlich sein muß, welche Forderung vom staatlichen Zugriff erfaßt wurde. Durch die bloß falsche Gläubigerbezeichnung wird die an Hand des Entstehungstatbestandes und der Schuldnerangabe klar identifizierbare Forderung aber nicht unbestimmbar[58].

Die dogmatischen Argumente, die die h.M. für die Unwirksamkeit der Pfändung vorbringt, sind also nicht überzeugend. M.E. läßt sie sich zwangslos mit folgender Überlegung begründen: Rechtliche Folge der Pfändung ist die Verstrickung der Forderung. Diese besteht darin, daß der Drittschuldner nicht mehr an den Forderungsgläubiger leisten darf, und der Forderungsgläubiger sich der Verfügung über die Forderung zu enthalten hat. Von dieser angestrebten Wirkung der Pfändung her betrachtet, ist nicht einzusehen, wieso ein Pfändungsbeschluß, der das Verbot an den Drittschuldner enthält, an den Vollstreckungsschuldner zu leisten, und das Verbot an den Vollstreckungsschuldner ausspricht, nicht über die Forderung zu verfügen, eine schuldnerfremde Forderung wirksam verstricken soll. Demgemäß ist der Pfändungsakt nicht unwirksam im eigentlichen Sinne, sondern er soll von vornherein gar nicht die

---

57) Weigelin, Forderungspfändung, S. 19; vgl. auch Geib, Verstrickung, S. 77 und auch die Nachweise bei OLG München, NJW 1954,1142.

58) P. Geib, Verstrickung, S. 77 mit überzeugendem Beispiel nach RGZ 89,176 ff.

Wirkung haben, eine schuldnerfremde Forderung zu verstricken[59) 60)].

---

59) Ähnlich Stein, Grundfragen, S. 41; Geib, Verstrickung, S. 78; vgl. auch Henckel, Prozeßrecht, S. 319: unmittelbare Beschränkung der Verstrickungswirkung.

Eine wenig beachtete, mit den obigen Überlegungen aber eng zusammenhängende Frage ist die, ob die Verstrickung analog § 185 BGB hergestellt wird, wenn der Schuldner die Forderung nachträglich erwirbt oder wenn der Dritte der Pfändung zustimmt. Die Rechtsprechung ist nicht einheitlich. Das RG nahm in Recht 1922,1512 zunächst im Anschluß an eine Entscheidung zur Sachpfändung Konvaleszenz an. Später hat sie in JW 1934, 2122 wieder abgelehnt. A. Blomeyer, Festgabe für von Lübtow, S. 809, meint, man solle § 185 BGB anwenden, weil die Pfändungsfolgen hier ausnahmsweise von der materiellen Rechtslage abhängen (vgl. dazu auch OLG München, NJW 54, 1124). M.E. ergibt sich aus der hier vertretenen Begründung für die Unwirksamkeit der Pfändung einer schuldnerfremden Forderung, daß eine derartige Konvaleszenz nicht in Frage kommt. Verstrickt werden kann nämlich nur eine im Zeitpunkt der Pfändung dem Schuldner zustehende Forderung. Wenn die Forderung erst später erworben wird, ist sie von der Verstrickung nicht erfaßt.

60) Die Auswirkung der Nichtzugehörigkeit einer Forderung zum Schuldnervermögen auf die Überweisung zur Einziehung muß gesondert betrachtet werden. Für sie gibt es bei der Vollstreckung in Sachen keine Parallele. Aber auch bei ihr wirkt sich aus, daß für die Zugehörigkeit der Forderung zum Schuldnervermögen keine Vermutungsbasis besteht.

Die Klage des Gläubigers gegen den Drittschuldner ist zwar zulässig. Die Prözeßführungsbefugnis des Gläubigers wird durch den Überweisungsbeschluß auch dann begründet, wenn dem Schuldner die überwiesene Forderung nicht zusteht (BGH, NJW 1956,912 = ZZP 69,271; gleicher Ansicht zur Frage des Nichtbestehens der Forderung, Lüke, ZZP 76,23,24 und Schmidt-Jortzig, Die Auswirkung der Forderungsüberweisung, S. 41, Fußn. 116, S.147 f.). Dies ergibt sich daraus, daß die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung nicht auf der mit dem Überweisungsbeschluß angestrebten Übertragung des materiellen Einziehungsrechts des Schuldners auf den Gläubiger beruhe, sondern auf dem bloßen Überweisungsbeschluß (Lüke, a.a.O.; in der Begründung etwas abweichend Schmidt-Jortzig, a.a.O.).

Die Klage ist allerdings unbegründet (BGH a.a.O.; Lüke, a.a.O.; Schmidt-Jortzig, a.a.O.). Dogmatisch begründet wird dies damit, daß der Gläubiger kein materielles Einziehungsrecht erlangt habe. Ein solches könne er nur vom Schuldner ableiten (Schmidt-Jortzig, S. 81 ff.; zusammenfassend S. 137; Lüke, ZZP 76, 24-26). Stand diesem aber keine Forderung und damit kein Einziehungsrecht zu, so könne der Gläubiger auch kein Einziehungsrecht erwerben. Diese Begründung ist denselben Einwendungen ausgesetzt wie die, die von der h.M. für die Unwirksamkeit des Pfändungsbeschlusses gegeben wurde. Erklären läßt sich die Unwirksamkeit des Überweisungsbeschlusses nur damit, daß die Interessenlage mangels einer Vermutungsbasis für die Zugehörigkeit der Forderung zum Schuldnervermögen gegen die Wirksamkeit der Überweisung des Einziehungsrechts des Drittforderungsinhabers spricht und deshalb der Überweisungsbeschluß das Einziehungsrecht auch nicht erfassen will: Für diese Auffassung gibt es allerdings beim Überweisungsbeschluß einen gesetzlichen Anhaltspunkt in § 836 II ZPO. Da nach dieser Vorschrift der Überweisungsbeschluß für den Drittschuldner nur dem Schuldner gegenüber als rechtsbeständig gilt, befreit den Drittschuldner die Zahlung an den Gläubiger nicht vor der nochmaligen Inanspruchnahme, falls die Forderung in Wahrheit einem Dritten zusteht. Dann muß sich der Drittschuldner aber auch im Einziehungsrechtsstreit mit dem Einwand verteidigen können, die Forderung stehe einem Dritten zu (vgl. auch Gaul, Rpfl. 1971, S. 8).

Dritter Abschnitt: Spezialprobleme im Zusammenhang mit der bisher erarbeiteten Aufgabenverteilung

§ 7. Die materiellrechtliche Qualifikation des titulierten Anspruchs bei der privilegierten Vollstreckung nach §§ 850 d und 850 f II ZPO

I. Problem und Meinungsstand

Nach § 850 d bzw. § 850 f II ZPO kann das Vollstreckungsgericht den pfändbaren Teil des Arbeitseinkommens ohne Rücksicht auf die in § 850 c ZPO vorgesehenen Beschränkungen bestimmen, wenn die Zwangsvollstreckung wegen eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs oder eines Anspruchs aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung betrieben wird. Bei der Anwendung dieser Vorschriften erhebt sich die Frage, ob das Vollstreckungsorgan die jeweils erforderliche materiellrechtliche Qualifikation des titulierten Anspruchs selbständig prüfen darf.

Dazu folgender Fall:

> G hat ein vorläufig vollstreckbares Urteil gegen S erstritten, in dem dieser zur Zahlung von 1.000,-- DM verurteilt wird. Nach dem vorgetragenen Sachverhalt war die Klage des G auf vorsätzliche Vertragsverletzung und vorsätzliche unerlaubte Handlung gestützt. Der Richter hat sein Urteil in den Gründen aber nur auf vorsätzliche Vertragsverletzung gestützt. Ob auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung vorliegen, hat er ausdrücklich offengelassen. G vollstreckt aus dem Urteil und macht das Vollstreckungsprivileg des § 850 f Abs. II ZPO geltend.

Das Vollstreckungsgericht lehnt diesen Antrag ab. Daraufhin macht der Gläubiger mit der Erinnerung geltend, es liege eine vorsätzliche unerlaubte Handlung vor[1].

Betrachtet man die oben entwickelten Grundsätze zur Prüfung des materiellen Anspruchs, so scheint zunächst der Schluß nahe zu liegen, daß dann, wenn schon das Bestehen des Anspruchs nicht geprüft werden darf, erst recht seine materiellrechtliche Einordnung dem Vollstreckungsorgan versagt sein muß. Dennoch geht eine im Vordringen begriffene Auffassung im Schrifttum davon aus, das Vollstreckungsorgan habe in diesen Fällen die Qualifizierung selbständig vorzunehmen[2]. Zwar sei die Prüfung einer materiellrechtlichen Frage in unserem Vollstreckungsrecht eine atypische Erscheinung. Dies sei jedoch kein zwingender Grund, sie dem Vollstreckungsorgan stets zu versagen. In § 850 d und § 850 f II ZPO habe der Gesetzgeber ausnahmsweise eine materiellrechtliche Frage zu einer Vorfrage für den Umfang der Pfändbarkeit und des Pfändungsschutzes gemacht. Der Umfang der Pfändbarkeit sei aber vom Vollstreckungsgericht zu prüfen. Dabei sei unumgänglich, daß auch über Vorfragen mit materiellrechtlichem Charakter entschieden werde. Es sei grundsätzlich

---

1) Fall nach Bader, Tragweite, S. 18.

2) Frisinger, Privilegierte Forderungen, S. 122 ff.; Bader, Tragweite, S. 120 ff.; vgl. auch Rimmelspacher, Materieller Anspruch, S. 241 und 277.

davon auszugehen, daß die Zuständigkeit zur Prüfung einer Hauptfrage auf die Befugnis zur Prüfung der hierfür notwendigen Vorfragen umfasse. Soweit daher materiellrechtliche Fragen für die Art und Weise oder das Ausmaß der Vollstreckung von Bedeutung seien, unterlägen sie der Entscheidung des Vollstreckungsorgans[3]. Wollte der Gesetzgeber die materiellrechtliche Vorfragenkompetenz dem Vollstreckungsrichter entziehen, so hätte dies einer besonderen gesetzlichen Regelung bedurft[4].

II. Eigene Auffassung

Diese Auffassung widerspricht zunächst eindeutig den Absichten des Rechtsausschusses des Bundestages. Er hatte den Standpunkt eingenommen, das Vollstreckungsgericht dürfe das Vorliegen einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung nicht selbständig prüfen; deren Bestand müsse sich vielmehr aus dem Titel ergeben. Nur in einem solchen Fall könnte das Privileg des § 850 f II ZPO in Anspruch genommen werden[5].

---

3) Ebenso; beiläufig BGH, NJW 1962, 110 r.Sp.

4) Bader, Tragweite, S. 122; ähnlich Frisinger, Privilegierte Forderungen, S. 123 f.; im Ergebnis ebenso Baumbach-Lauterbach, § 850 f, Anm. 3 A; Stöber, Forderungspfändung, S. 305; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 850 f, Anm. I a 1, Fußn. 3 e; vgl. auch Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S. 264 f.; Rimmelspacher, Materieller Anspruch, S. 241, 277 ff.

5) Bericht vom 15.12.1958, Drucksache III 768/58: "Der Ausschuß ist sich darüber einig, daß entsprechend den Grundsätzen unseres Vollstreckungsrechts das Vollstreckungsgericht keine materielle Prüfung des vorgelegten Titels vornehmen kann. Der Gläubiger wird also in Zukunft, wenn er in der Zwangsvollstreckung das Privileg des § 850 f II ZPO in Anspruch nehmen will, auf eine entsprechende Formulierung des Titels hinwirken müssen. Aus diesem Grunde herrschte im Ausschuß auch darüber Übereinstimmung, daß der Gläubiger zukünftig ein rechtliches Interesse und einen Anspruch auf eine Feststellung im Titel hat."

Der Wille des Gesetzgebers allein ist aber für die Auslegung einer Vorschrift nicht maßgebend. Er wird nur dann verbindlich, wenn er im Gesetz hinreichend zum Ausdruck gekommen ist[6]. Der Entstehungsgeschichte kommt für die Auslegung einer Vorschrift nur insoweit Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer auf den Wortlaut, den Sinnzusammenhang und auf den Zweck abgestellten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.

1. Aus dem Wortlaut des § 850 f II ZPO läßt sich für unsere Frage nichts herleiten[7]. Es könnte sich jedoch auch aus den Prinzipien des Vollstreckungsverfahrens etwas anderes ergeben. Zwar ist der dargestellten Auffassung zuzugeben, daß sich das Verbot der Prüfung der materiellrechtlichen Qualifikation des titulierten Anspruchs nicht allein schon mit dem Argument begründen läßt, das Vollstreckungsorgan müsse andernfalls materielles Recht prüfen. Denn einen Grundsatz, daß dem Vollstreckungsorgan die Prüfung jeglichen materiellen Rechtes untersagt sei, kennt das Vollstreckungsrecht nicht. So ist z.B. nach § 851 ZPO eine Forderung und damit gemäß § 857 I ZPO auch jedes sonstige Recht nur insoweit pfändbar, als es nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts übertragbar ist. Nach § 857 III ZPO sind unveräußerliche Rechte der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann. Beide Vorschriften knüpfen an materielles bürgerliches Recht an. Ihre Anwendung setzt voraus, daß das Vollstreckungsgericht materielles Recht prüft. Aber nicht nur das Vollstreckungsgericht, sondern

---

6) Larenz, Methodenlehre, S. 296 ff.; BVerfGE 1, 299, 312; NJW 1960, 1563.

7) Allerdings könnte man eher auf eine materiellrechtliche Anknüpfung schließen.

auch der Gerichtsvollzieher ist zur Prüfung materiellen Rechtes befugt. Nach § 865 II 1 ZPO können Gegenstände, die Zubehör eines Grundstücks sind, nicht gepfändet werden. Der Gerichtsvollzieher muß also die §§ 97, 98 BGB beachten, wenn er in bewegliche Sachen vollstreckt[8]. Die genannten Vorschriften erlauben jedoch allesamt dem Vollstreckungsorgan nur die Prüfung materiellrechtlicher Fragen, die im Zusammenhang mit dem Vollstreckungsobjekt auftauchen. In § 850 d und § 850 f II ZPO geht es dagegen um eine Frage, die mit dem titulierten Anspruch zusammenhängt.

2. Das Verbot, eine solche materiellrechtliche Frage zu prüfen, könnte sich aus der organisatorischen Trennung von Vollstreckungs- und Erkenntnisverfahren ergeben. Die Übertragung der Vollstreckung auf besondere Organe sollte die Durchschlagskraft der Zwangsvollstreckung erhöhen. Dementsprechend wurde die langwierige Feststellung der "Vorbedingungen" der Vollstreckung, soweit sie mit dem durchzusetzenden Anspruch zusammenhängen, allein dem erkennenden Gericht zugewiesen. Der Gesetzgeber hat dies mit der erforderlichen Klarheit zwar nur bezüglich der Prüfung des Bestehens des titulierten Anspruchs zum Ausdruck gebracht. Für die Prüfung der materiellrechtlichen Einordnung des Anspruchs kann jedoch nichts anderes gelten.

---

8) Vgl. dazu Student, Das Pfändungsverbot des § 865 II 1 ZPO, S. 54. Daß der Gerichtsvollzieher sich bei der Prüfung der zweiten Voraussetzung des § 865 II 1 ZPO, nämlich des Eigentums des Grundstückseigentümers an der zu pfändenden Sache auf § 808 ZPO verlassen darf, hat Student, a.a.O., S. 60 ff. nachgewiesen. Zu § 808 ZPO vgl. oben § 5 I. der Arbeit.

Gegen diese Auslegung der §§ 850 d und 850 f II ZPO kann auch nicht vorgebracht werden, zwischen der Frage der Prüfung des Bestandes des durchzusetzenden Anspruchs und der der materiellrechtlichen Qualifikation bestehe insofern ein Unterschied, als das erkennende Gericht die Existenz des titulierten Anspruchs stets prüfen müsse, während es das Vorliegen einer bestimmten materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage offenlassen könne, falls eine andere den eingeklagten Anspruch trage[9]. Einmal ist schon fraglich, ob ein solches Dahinstehenlassen auch dann zulässig ist, wenn die nicht geprüfte Anspruchsgrundlage umfassendere Rechtsfolgen hat als die bejahte Anspruchsnorm. Deshalb ist z.B. Schwab der Auffassung, daß es stets die Pflicht des Gerichts sei, von mehreren materiellrechtlichen Anspruchsnormen, die alle die Verurteilung begründen, diejenige auszuwählen, die den Kläger am besten stelle, also den anderen gegenüber gewisse Vorzüge genieße[10]. Dieser schwierigen, letztlich mit der Streitgegenstandslehre zusammenhängenden Frage braucht hier m.E. jedoch nicht grundsätzlich nachgegangen zu werden.

Selbst wenn das erkennende Gericht im allgemeinen das Recht hat, das Vorliegen einer "besseren" materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage dahinstehen zu lassen, ist ihm dies jedenfalls dort nicht gestattet, wo der Kläger beantragt, diese Anspruchsgrundlage zu prüfen, um privilegiert vollstrecken zu können. Ein derartiger, die recht-

---

9) Für diese Möglichkeit des Offenlassens: BGH, NJW 1961, 1457; RG, HRR 1935, Nr. 817; RGZ 129, 60; ebenso Lent, ZZP 72, 21; Habscheid, S. 167; Bader, Tragweite, S. 68 f.; Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S. 261 ff., 264.

10) Streitgegenstand, S. 19, 101; stets für eine Prüfung aller materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen ist Arens, Streitgegenstand, S. 26 f., 29.

liche Prüfungstätigkeit des Gerichts positiv festlegender Antrag ist als Ausfluß der Dispositionsbefugnis des Klägers im Erkenntnisverfahren zulässig[11]. Dieser Antrag verstößt nicht gegen den Grundsatz "iura novit curia"[12]. Dieses Prinzip des Zivilprozeßrechts dient einmal dem Schutz des Klägers vor einer von ihm vorgenommenen falschen rechtlichen Einordnung. Im vorliegenden Fall ist der Kläger aber nicht schutzbedürftig, weil er ja selbst die rechtliche Einordnung verlangt. Der Kläger erschwert mit seinem Antrag auch nicht willkürlich die Tätigkeit des Gerichts, da er ein vom Gesetz (§ 850 d und § 850 f II ZPO) anerkanntes Interesse hat, eine bestimmte Anspruchsnorm feststellen zu lassen.

Einem Antrag des Klägers, die Anspruchsgrundlagen gesetzlicher Unterhalt odervorsätzlich begangene unerlaubte Handlung der Entscheidung zugrundezulegen, stehen also allgemeine Grundsätze des Zivilprozeßrechts nicht entgegen. Dann ist aber kein Argument dagegen ersichtlich, die Bezugnahme in § 850 d und § 850 f II ZPO als eine Anknüpfung an eine auf einen solchen Antrag hin ergehende qualifizierte Verurteilung zu verstehen.

Für eine derartige Auslegung der §§ 850 d und 850 f II ZPO spricht auch, daß sich die Prüfung der rechtlichen Qualifikation von der der Existenz des Anspruchs gar nicht trennen läßt. Dies zeigt z.B. der Fall, daß der Schuldner im Vollstreckungsverfahren zwar das Vorliegen einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung eingesteht, dem Gläubiger aber das Privileg des § 850 f II ZPO mit der Begründung streitig macht, sein Verhalten sei für den

---

11) vgl. dazu Georgiades, S. 268 ff.; Rimmelspacher, Materieller Anspruch, S. 243 f.

12) Bader, S. 109 ff.; hiervon ging auch der Gesetzgeber aus: vgl. FN 5.

Schaden, der hier eingeklagt worden sei, gar nicht kausal geworden. Soll die Prüfungskompetenz des Vollstreckungsgerichts etwa auch für diese Voraussetzung des Anspruchs aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gelten, deren Fehlen die Existenz des Anspruchs in Frage stellt[13]?

Die erweiterte Vollstreckung ist also von einer besonderen, sie gestattenden und vom Gläubiger im Erkenntnisverfahren auch besonders zu beantragenden Verurteilung abhängig, ebenso wie die normale Vollstreckung eine auf einen entsprechenden Antrag hin ergehende Verurteilung voraussetzt[14]. Die Vollstreckung nach §§ 850 d und 850 f II ZPO setzt einen Urteilstenor voraus, der das Vorliegen der privilegierten Anspruchsnormen ausdrücklich ausspricht. Nur diese Auslegung der §§ 850 d und 850 f II ZPO entspricht der Aufgabenverteilung zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht[15].

---

13) Vgl. J. Blomeyer, ZZP 82, 316.

14) Im Ergebnis ähnlich: J. Blomeyer, ZZP 82, 316; Bull, SchlHA 1962, 234 f.; Hiendl, NJW 1962,901; Grunau, NJW 1962,901; LG Dortmund, NJW 1962,1828; vgl. auch Stehle, BB 1959,237; Berner, Rpfl. 1959,79; Knopp, FamRZ 1959,278; Danzer, MDR 1960,552; LG München, Rpfl. 1965,277.

15) Die hiergegen von Bader, S. 121, vorgetragene Überlegung ist wenig überzeugend. Er meint, aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber die Prüfung des materiellen Anspruches dem Vollstreckungsorgan entzogen habe, könne für die Beantwortung der hier vorliegenden Frage kein Argument gewonnen werden. Dem Vollstreckungsorgan sei diese Prüfung nur versagt, weil das Bestehen des zu vollstreckenden Anspruchs gar keine Voraussetzung der Vollstreckung sei, sondern nur der Titel. Diese Betrachtung ist unrichtig, weil sie nicht nach den Gründen fragt, die dazu führten, daß nicht der Anspruch, sondern der Titel Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist. Die oben hierfür genannten Gründe verbieten dem Vollstreckungsorgan auch die Prüfung der materiellrechtlichen Qualifikation. Im übrigen ist der Blickwinkel Baders zu eng, wenn er danach fragt, ob man aus der Aufgabenverteilung lediglich eine Bindung des Vollstreckungsorgans ableiten kann. Die Auf-

Sie wird auch allein dem Bestreben des Zwangsvollstreckungsrechtes gerecht, die Vollstreckungsvoraussetzungen zu formalisieren, soweit dies möglich ist[16].

Man kann dieser Auffassung auch nicht vorwerfen, sie schließe in nicht gerechtfertigter Weise alle Anerkenntnis- und echten Versäumnisurteile von dem Vollstreckungsprivileg aus, weil es bei diesen Urteilen gemäß § 313 III 2 ZPO dem Gericht erlassen sei, Tatbestand und Entscheidungsgründe abzusetzen[17]. Dieser Vorwurf übersieht, daß der Gläubiger auch bei diesen Titeln die Aufnahme der Titelqualifizierung in den Tenor beantragen kann. Ein

---

gabenverteilung verbietet es nämlich schon dem Organ, den Anspruch überhaupt zu prüfen. Die Bindung ist nur das dogmatische Gestaltungsmittel, mit dem dieses Prüfungsverbot durchgesetzt wird.
Bader, a.a.O., S. 125 entnimmt im Anschluß an Stein-Jonas-Pohle, § 850 f, FN 3 e, aus der - von ihm allerdings anders verstandenen - Aufgabenverteilung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren - m.E. inkonsequent -, daß bei langwierigen Beweiserhebungen über den Anspruch das Vollstreckungsgericht die Geltendmachung des Vollstreckungsprivilegs als im Vollstreckungsverfahren ungeeignet zurückweisen könne.

16) Die Äußerung von Bruns, § 5 I 2 a bb kann nicht als Stellungnahme gegen die hier vertretene Auffassung verstanden werden. Zwar bezeichnet Bruns dort u.a. § 850 f ZPO als eine "Einbruchstelle" der materiellen Rechtsgrundlagen in die Formalisierung des Vollstreckungsrechtes durch den Titel. Mit dieser Bemerkung will Bruns aber nur sagen, daß § 850 f ZPO ebenso wie die ebenfalls erwähnten §§ 765 a, 811 a II ZPO und 813 a I ZPO Ausfluß des materiellrechtlichen Prinzips von Treu und Glauben sind, das insoweit auch im formalisierten Vollstreckungsrecht gilt und der Formalisierung eine Grenze setzt.

17) Bader, a.a.O., S. 123.

solcher Antrag ist nach dem Vorstehenden (S.92 ff) zulässig und ihm müßte bei Anerkenntnis- und Versäumnisurteilen ohne weitere Prüfung stattgegeben werden. In der Praxis ist bei Vollstreckungsbefehlen ein entsprechender Antrag schon seit Einführung des § 850 d ZPO im Jahre 1953 bzw. des § 850 f II ZPO im Jahre 1959 üblich. Unterläßt es der Kläger allerdings, einen entsprechenden Antrag zu stellen, so kann er nicht privilegiert vollstrecken[18] [19].

Was schließlich die "privaten" Titel betrifft, so muß man aus der den Parteien eingeräumten Befugnis zur Schaffung solcher Titel folgern, daß die Angabe der Parteien über die Art des Anspruchs die richterliche Titelqualifizierung ersetzt.

---

18) Schwierig zu beantworten ist die Frage, ob der Kläger eine erneute Leistungs- oder eine bloße Feststellungsklage erheben muß, um den Tenor seines Titels privilegieren zu lassen. Offengelassen hat diese Frage das LG München, Rpfl. 1965,277.
Bader, a.a.O., S. 125 m. S. 106 ff.; Baumbach-Lauterbach, § 850 f, Anm. 3 A; Grunau, NJW 1959,1516 f.; Stein-Jonas-Pohle, § 850 f, Anm. I a 1 m. FN 3 e, sehen die zweite Klage als Feststellungsklage an; Rimmelspacher, Materieller Anspruch, S. 241 f., verlangt dagegen eine Leistungsklage. In jedem Fall sind die Parteien und Richter im Zweitverfahren an die Entscheidung des ersten Richters über das Bestehen des Anspruchs gebunden (Rimmelspacher, Materieller Anspruch, S. 277 ff.; Bader, S. 114).

19) Von dieser Auffassung aus stellt sich im Rahmen der §§ 850 d und 850 f II ZPO nicht die Frage, ob das Vollstreckungsorgan an eine Entscheidung des erkennenden Gerichts über das Vorliegen eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs oder eines Anspruchs aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung aus Gründen der Rechtskraft- bzw. innerprozessualen Bindungswirkung gebunden ist (dazu Bader, S. 122; Frisinger, S. 123; Grunsky, FamRZ 68,282; Georgiades, S. 261 ff.; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 322, Anm. VI 6 b bei FN 80). Denn diese Fragestellung setzt voraus, daß das Vollstreckungsorgan ohne die Entscheidung des erk. Gerichts zur Prüfung des Vorliegens des privilegierten Anspruchs berechtigt wäre.

§ 8. Partei- und Prozeßfähigkeit im Vollstreckungsverfahren

I. Fragestellung

Ebenso wie die Existenz und die materiellrechtliche Einordnung des im Vollstreckungsverfahren durchgesetzten Anspruchs hat das erkennende Gericht im Klageverfahren auch die Zulässigkeit des Rechtsweges sowie die Partei- und Prozeßfähigkeit von Gläubiger und Schuldner festgestellt. Da diese Prozeßvoraussetzungen nach h.M. aber nochmals im Vollstreckungsverfahren als allgemeine Verfahrensvoraussetzungen Bedeutung gewinnen[20], besteht Anlaß, zu fragen, ob insoweit ebenfalls das erkennende Gericht allein zur Prüfung befugt ist oder auch dem Vollstreckungsorgan eine Prüfungskompetenz zukommt.

Daß die Feststellung der Zulässigkeit des Rechtswegs allein dem titelschaffenden Organ, im Regelfall also dem erkennenden Gericht anvertraut ist, ist leicht zu begründen. Es ergibt sich schon daraus, daß die Vollstreckung nach dem 8. Buch der ZPO aus allen Titeln zulässig ist, die im Zivilprozeß erlassen wurden, sowie aus allen sonstigen Titeln, die in der ZPO aufgeführt oder in besonderen gesetzlichen Bestimmungen der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung zugewiesen sind. Das Vollstreckungsorgan kann sich also auf die rein formale Prüfung des "Titelursprungs" beschränken. Die im Titel enthaltenen Angaben bestimmen also die Zulässigkeit des Rechtsweges.

---

20) Schönke-Baur, § 10 IV, 4; Bruns, § 4 I 3; Lent-Jauernig, § 1 VI; Stein-Jonas-Münzberg, vor § 704, Anm. VI 1 b; Baumbach-Lauterbach, vor § 704, Anm. VI c; a.A. bezüglich der Prozeßfähigkeit Zöller-Scherübl, § 705, Anm. 1 b. Auf die Einschränkung bei der Prozeßfähigkeit des Schuldners wird unten näher eingegangen.

Nicht so einfach ist dagegen die eingangs gestellte Frage hinsichtlich der Prozeß- und Parteifähigkeit zu beantworten. Zur Veranschaulichung der Problematik möge folgender, die Prozeßfähigkeit des Schuldners betreffender Fall dienen, der die Gerichte schon verschiedentlich beschäftigt hat[21]:

> Ein 19-jähriger Arbeitnehmer, der gegen den Willen seiner Eltern einer Gewerkschaft beigetreten ist, wird zur Zahlung von Gewerkschaftsbeiträgen verurteilt. Im Rubrum ist als Beklagter nur der Minderjährige genannt, ohne daß seine Minderjährigkeit kenntlich gemacht ist. Die Gewerkschaft beauftragt einen Gerichtsvollzieher mit der Durchführung der Zwangsvollstreckung.
>
> Der Gerichtsvollzieher lehnt die Zustellung bzw. Vollstreckung mit der Begründung ab, der Schuldner sei minderjährig und damit gem. §§ 51, 52 ZPO prozeßunfähig. Der Gläubiger wendet ein, der Schuldner sei gem. § 113 BGB partiell geschäftsfähig. Damit sei der Eintritt in die Gewerkschaft wirksam und die Vollstreckung zulässig. Der Gerichtsvollzieher erwidert, diese Frage dürfe er nicht prüfen, sie gehöre vor das erkennende Gericht.

---

21) Fall nach LG Landau, DGVZ 1967,88; LG Aachen, DGVZ 1965,88; AG Bad Schwartau, DGVZ 1969,82; AG Schweinfurt, DGVZ 1969,139; LG Lübeck, DGVZ 1969,93.

In dieser und auch in den vergleichbaren Fallgestaltungen zur Parteifähigkeit[22] tauchen m.E. zwei verschiedene, die Funktionsverteilung zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht betreffende Fragen auf, die weder in Literatur noch Rechtsprechung bisher scharf genug auseinandergehalten wurden[23]. Einmal muß untersucht werden, ob und inwieweit die Partei- und Prozeßfähigkeit des Schuldners und des Gläubigers überhaupt Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Vollstreckungsakte sind. Hat man diese Frage geklärt, so ist zu überlegen, ob eine Prüfung dieser subjektiven Verfahrensvoraussetzungen im Vollstreckungsverfahren sich nicht deshalb verbietet, weil das Prozeßgericht sie schon im Erkenntnisverfahren geprüft hat.

II. Bedeutung der Prozeß- und Parteifähigkeit im Vollstreckungsverfahren

1. In unserem Ausgangsfall versucht die Literatur, die Bedeutung der Prozeßfähigkeit des Schuldners im Vollstreckungsverfahren schon aus § 171 i.V.m. § 750 ZPO herzuleiten[24]. Aus diesen Vorschriften könne geschlossen werden, daß die Prozeßfähigkeit des Zustellungsadressaten Voraussetzung einer fehlerfreien Zustellung sei und das Zustellungsorgan sie daher grundsätzlich zu prüfen habe.

---

22) Zu einem solchen Fall vgl. LG Essen, ZZP 72,316; LG Halle, DR 1939,876 Nr. 8.

23) Als Beispiel aus der Literatur seien die neuesten Stellungnahmen von Mager, DGVZ 1970,33 ff.; Mümmler, DGVZ 1970,81; Kube, MDR 1969,10 ff., genannt; vgl. auch LG Berlin, DGVZ 1959,169.

24) So z.B. Mümmler und Mager, a.a.O.

Es müsse demgemäß die Zustellung ablehnen, falls der Adressat geschäftsunfähig sei und seine gesetzlichen Vertreter nicht bekannt seien[25]. Der Gerichtsvollzieher habe also grundsätzlich die Prozeßfähigkeit des Zustellungs-

---

25) Allerdings wird die Auffassung vertreten, der Gerichtsvollzieher müsse die Zustellung selbst dann vornehmen, wenn er sie wegen Verstoßes gegen § 171 ZPO für unwirksam hält (Mager, DGVZ 1970, 37 f.). Anderenfalls könne er den Auftraggeber um seine Rechte bringen und sich schadenersatzpflichtig machen. Eine Ablehnung - so behauptet diese Auffassung weiterhin - wäre auch deshalb bedenklich, weil mit der Heilung des Mangels gemäß § 187 ZPO zu rechnen sei. Diese Auffassung stellt zu einseitig auf die Interessen der die Zustellung beantragenden Partei ab und kann nicht erklären, wieso der Gerichtsvollzieher sich über die zwingende Vorschrift des § 171 ZPO hinwegsetzen kann.

Man kann eine Verpflichtung des Gerichtsvollziehers jedenfalls zur Zustellung von Urteilen auch nicht aus folgender Überlegung herleiten: Nach der Rspr. von RG und BGH (RG, Recht 1917, Nr. 268; RGZ 121,63; 162, 225; BGH, FamRZ 1968,58; FamRZ 1963,131) setzt die Zustellung des Urteils an einen Prozeßunfähigen den Ablauf der Rechtsmittelfrist in Gang, weil Rechtssicherheitsgründe dies geböten und für die Geltendmachung unwirksamer Urteilszustellungen die Nichtigkeitsklage nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO vorgesehen sei, die wiederum Rechtskraft voraussetze. Beginne aber die Rechtsmittelfrist durch Zustellung an den Prozeßunfähigen zu laufen, dann müsse die Zustellung auch immer an ihn vorgenommen werden. Schon dieser Schluß von der Wirksamkeit der Zustellung als Voraussetzung des Laufes der Rechtsmittelfrist auf die Verpflichtung des Zustellungsorgans zur Zustellung als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung scheint mir nicht zwingend, zumal die oben zitierte Rspr. von BGH und RG nur Fälle betrifft, in denen an einen unerkannt Prozeßfähigen zugestellt wurde. Zum anderen wird diese Rspr. des RG und des BGH neuerdings zu Recht abgelehnt (Rosenberg, JZ 1951,43; Thomas-Putzo, § 171, Anm. 1; LG Hamburg, MDR 1966,512; ausführlich J. Bernhardt, Der geisteskranke Schuldner, S. 22/23, 85 f.). Sie beruht auf Prämissen, die heute nicht mehr zutreffen. Die Ausgangsentscheidung des RG aus dem Jahre 1917 erging nämlich, als die §§ 516, 552 ZPO, die die Rechtskraft ohne Zustellung allein durch Fristablauf eintreten lassen, noch nicht galten. Diese Vorschriften wurden erst durch die Novelle vom 14.2.1925 eingeführt (vgl. dazu Rosenberg, JZ 1951,43).

adressaten zu prüfen[26]. Hiermit ist allerdings noch nicht nachgewiesen, daß die Prozeßfähigkeit des Schuldners Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist. Denn die Zustellung ist kein Akt der Zwangsvollstreckung, sondern bereitet diese nur vor. Zum anderen ist die Zwangsvollstreckung nicht immer von der Zustellung abhängig, wie das Beispiel des Arrestbefehls zeigt (§ 929 III 1 ZPO).

Das Erfordernis der Prozeßfähigkeit des Schuldners läßt sich auch nicht mit folgender Überlegung begründen: Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist mit Ausnahme der Arrestvollziehung (§ 929 III ZPO) eine wirksame Zustellung des Vollstreckungstitels (§ 750 ZPO). Diese Zustellung hat den Sinn, dem Schuldner von dem vollstreckbaren Titel vor Beginn der Zwangsvollstreckung Kenntnis zu geben und ihm auf diese Weise die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen und zur Herbeiführung der Einstellung der Zwangsvollstreckung zu verschaffen. Die Zustellung muß deshalb von Amts wegen geprüft werden. Ist an einen Prozeßunfähigen zugestellt, so ist die Zustellung unwirksam und die Vollstreckung unzulässig[27] [28]. Diese Überlegung versagt nämlich, wenn, wie in einer Abwandlung unseres Ausgangsfalles, der Titel den gesetzlichen Vertretern zugestellt wurde und die Zustellung damit wirksam ist[29]. Hier taucht die eigentlich interessierende Frage auf, ob die Prozeß- und Parteifähigkeit

---

26) So auch unausgesprochen die in FN 21) Zitierten.

27) RGZ 56,212; OLG Celle, Nds.Rpfl. 1953,163.

28) In diesem Fall stellt sich also noch nicht die Frage, ob die Prozeßfähigkeit selbständige Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist.

29) Diese Frage taucht auch auf, wenn aus einem Arrestbefehl vollstreckt wird, der nicht zugestellt zu werden braucht.

von Gläubiger und Schuldner selbständige Voraussetzungen der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung sind. Diese Frage wird von der h.M. grundsätzlich ohne weitere Begründung bejaht[30]. M.E. liegt der Grund darin, daß das Vollstreckungsverfahren zur ordentlichen streitigen Zivilgerichtsbarkeit gehört.

2. Da das Vollstreckungsverfahren ebenso wie das Erkenntnisverfahren auf dem Zweiparteienprinzip aufbaut[31], scheint es aber inkonsequent, wenn die h.M. bei der Prozeßfähigkeit zwischen Gläubiger und Schuldner differenziert. Im Gegensatz zur Prozeßfähigkeit des Gläubigers hält sie die des Schuldners nur dort für erforderlich, wo die Erzwingung von Handlungen in Frage steht (§§ 807, 883, 887 ff. ZPO) oder die Vollstreckung sich gegen eine Person richtet (§ 901 ZPO) oder eine Handlung ihr gegenüber vorzunehmen ist (§ 883 ZPO) oder das vorherige Gehör des Schuldners vorgeschrieben ist (§ 844 II ZPO) oder er Einwendungen erheben will[32]. Ist der Schuldner dagegen, wie bei der Vollstreckung ins bewegliche Vermögen nur "Leidendes Objekt" der Vollstreckung, so ist seine Prozeßfähig-

---

30) Vgl. dazu die in FN 20 u. 21 Genannten.

31) Vgl. Gaul, Rpfl. 1971,49 ff. bei FN 308 ff.

32) KG, HRR 1929, Nr. 1398 unter Verweis auf KG, KGBl 1909,84; Stein-Jonas-Münzberg, vor § 704, Anm. VI 1 b; Baumbach-Lauterbach, vor § 704, Anm. VI C; Rosenberg, § 179 IV 2; Lent-Jauernig, § 1 VII; Schwinge, Staatsakt, S. 62; Bruns, § 4 I 3 b.

keit nach h.M. nicht erforderlich[33]. Die h.M. unterscheidet also zwischen dem Schuldner, der sich aktiv beteiligt, und dem, der die Vollstreckung nur zuläßt.

Neuerdings hat sich Jürgen Bernhardt gegen diese Differenzierung gewandt[34]. Er ist der Auffassung, die h.M. verkenne den Sinn und Zweck der Prozeßfähigkeit, wenn sie diese beim Schuldner nur für positive Handlungen verlange. Sinn und Zweck der Prozeßfähigkeit müßten heute darin gesehen werden, einer Partei in einem Verfahren persönlich die Chance zum rechtlichen Gehör (Art. 103 I GG) zu garantieren. Von daher gesehen sei die Prozeßfähigkeit als die personale Möglichkeit zur Ausübung des rechtlichen Gehörs anzusehen. Diese Möglichkeit hätten die Parteien nur, wenn ihnen garantiert werde, das rechtliche Gehör auszuüben. Bei der Anwendung dieses Verständnisses der Prozeßfähigkeit auf die Zwangsvollstreckung verkennt Bernhardt nicht, daß in ihr rechtliches Gehör meist nur nachträglich, nämlich durch die Erinnerung gewährt wird. Um diese Ausübung des nachträglichen Gehörs zu gewährleisten, so meint er,

---

33) Dagegen soll im Vollstreckungsverfahren nach dem ZVG immer die Prozeßfähigkeit des Schuldners erforderlich sein (OLG Frankfurt/M., HRR 1929,433; OLG Breslau, JW 1916,521). Diese Ansicht wird mit der gemäß § 9 ZVG ausdrücklich erfolgten Einordnung des Schuldners als eines Beteiligten begründet (OLG Frankfurt/M., a.a.O.); die tiefere Begründung liegt aber sicher darin, daß der Schuldner zwar nicht vor der Anordnung der Zwangsversteigerung (§ 15 ZVG), wohl aber zu den Versteigerungsbedingungen und dem Zuschlag gehört wird (vgl. hierzu J. Bernhardt, S. 95).

34) Der geisteskranke Schuldner, S. 91 ff., zusammenfassend S. 113; im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne dogmatische Begründung, Mager, DGVZ 1970, 33, 37.

müsse man jedoch auch die Prozeßfähigkeit des Schuldners fordern. Deshalb sei im gesamten Zwangsvollstreckungsverfahren Prozeßfähigkeit des Schuldners notwendig.

Um dieses Ergebnis zu rechtfertigen, ist m.E. der Rückgriff auf das rechtliche Gehör nicht notwendig. Auch unter Zugrundelegung des Zweckes, den die Prozeßfähigkeit nach der herkömmlichen Auffassung im Erkenntnisverfahren erfüllen soll, läßt sich begründen, daß der bloß duldende Schuldner im Vollstreckungsverfahren prozeßfähig sein muß. Die Prozeßfähigkeit kommt nach h.M. einerseits dem Interesse des Gegners der nichtprozeßfähigen Partei an einem möglichst raschen, zweckmäßigen und zielstrebigen Verfahrensablauf entgegen[35]. Weiterhin hat auch die Allgemeinheit, die letztlich die Aufwendungen für die Gerichtsorganisation trägt, ein Interesse an rascher und zweckmäßiger Verfahrensentwicklung, die bei der Mitwirkung eines Prozeßunfähigen nicht gewährleistet ist[36]. Vor allem dient die Prozeßfähigkeit aber dazu, nicht gesetzlich vertretene Prozeßunfähige, die ihre Interessen nicht ordnungsgemäß wahrnehmen können, vor unsachgemäßer Prozeßführung zu schützen[37]. Von diesem Schutzgedanken her betrachtet muß die Prozeßfähigkeit auch für denjenigen gefordert werden, der das Zwangsvollstreckungsverfahren nur duldet. Geschützt werden

---

35) Lukes, ZZP 69,153; zustimmend Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 71.

36) BAGE 6,76,80; Lukes, a.a.O., S. 147; zustimmend Rimmelspacher, a.a.O., S. 71; anderer Ansicht BGHZ 30,112,117.

37) BAGE 6,76,80; ebenso BGHZ 30,112,118; zustimmend Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 70. Neuerdings erklärt Henckel, Prozeßrecht, S. 67 ff., das Erfordernis der Prozeßfähigkeit als konsequente Folge materiellrechtlicher Wertungen im Prozeß. Die Prozeßfähigkeit, d.h. die Geschäftsfähigkeit soll nach seiner Auffassung den Geschäftsunfähigen davor schützen, durch eine ihm ungünstige Entscheidung sein materielles Recht jedenfalls de facto zu verlieren. Von daher gesehen ist es erst recht notwendig, auch in Person des nur duldenden Schuldners Prozeßfähigkeit zu verlangen.

muß der Prozeßfähige nicht nur davor, daß er unzweckmäßige Anträge stellt; noch mehr schaden kann er sich dadurch, daß er sich überhaupt nicht gegen die Vollstreckungsmaßnahmen wehrt[38].

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, daß die Partei- und Prozeßfähigkeit von Gläubiger und Schuldner in jedem Falle Voraussetzung eines fehlerfreien Vollstreckungsverfahrens sind[39].

---

38) M.E. beruht die h.M. auf der heute überholten Auffassung, die Prozeßfähigkeit sei keine Prozeß-, sondern eine bloße Prozeßhandlungsvoraussetzung (vgl. dazu J. Bernhardt, Der geisteskranke Schuldner, S. 13 ff. und für die heute h.M. Stein-Jonas-Pohle, § 51, Anm. II).

39) Die folgenden Betrachtungen zur Aufgabenverteilung zwischen erkennendem Gericht und Vollstreckungsorgan gelten sinngemäß auch für die Aufgabenverteilung zwischen erkennendem Gericht und Gerichtsvollzieher als Zustellungsorgan. Zwar ist die Zustellung des Titels kein Akt der Zwangsvollstreckung, sondern bereitet diese nur vor. Da diese Vorbereitung aber so eng mit der Zwangsvollstreckung verbunden ist, daß diese ohne jene nicht beginnen kann (Ausnahme § 929 III ZPO), können die vollstreckungsrechtlichen Grundsätze jedenfalls insoweit auf die Zustellung angewendet werden, als sie eine Voraussetzung der Vollstreckung ist (vgl. die in FN 21 genannten Entscheidungen; a.A. AG Köln, JMBl NRW 1964, 196). So wird z.B. von der h.M. auch die Erinnerung nach § 766 II ZPO gegen die Verweigerung der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher gestattet (vgl. LG Aachen in FN 21).

III. Vollstreckung von Urteilen

1. Die soeben getroffene Feststellung ist für eine Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung ein ausreichendes Argument, dem Vollstreckungsorgan stets die selbständige Kompetenz zur Prüfung der Partei- und Prozeßfähigkeit einzuräumen.[40]

---

40) Rosenberg, § 42 III 3, § 43 III 3, § 179 IV; Fries, MDR 1956,236; OLG Celle, Nds.Rpfl. 1953,163; LG Göttingen, Nds.Rpfl. 1967,202; LG Köln, ZZP 31,527. Allerdings befassen sich die genannten Entscheidungen nicht mit der Prozeßfähigkeit als selbständiger Voraussetzung der Zwangsvollstreckung, sondern als Erfordernis einer wirksamen Zustellung, die wiederum die Prozeßfähigkeit des Schuldners voraussetzt (vgl. oben I. 2.). Insoweit könnte man fragen, ob nicht schon die Zustellungsurkunde die wirksame Zustellung verbrieft und deshalb die Prüfung der Prozeßfähigkeit entbehrlich ist. Dafür spricht, daß Vollstreckungsorgan und Zustellungsorgan nicht identisch sein müssen. Für eine derartige Formalisierung spricht auch die Parallele zur Formalisierung der Vollstreckbarkeit des Titels durch die Klausel. Allerdings ist die Vollstreckbarkeit auch nicht ausdrücklich zur Vollstreckungsvoraussetzung erhoben, sondern nur die Klausel, während die Zustellung und nicht nur die Zustellungsurkunde in § 750 ZPO als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung gefordert wird.

Das Reichsgericht (RGZ 56,212,215) meinte ebenfalls, daß unabhängig davon, ob das Urteil gegenüber einem unerkannt Prozeßfähigen nur im Wege der Nichtigkeitsklage gem. § 579 I Nr. 4 ZPO beseitigt werden könne, die Zustellung in der Zwangsvollstreckung an den gesetzlichen Vertreter des Prozeßunfähigen erfolgen müsse. Allein von diesem sei der Gebrauch des dem Schutz des Prozeßunfähigen Schuldners dienenden Rechtsbehelfs und damit die Verwirklichung des Zwecks des § 750 zu erwarten. Diese Entscheidung erging allerdings nicht innerhalb eines Vollstreckungsverfahrens, sondern prüfte die Wirksamkeit der Zustellung an den Prozeßunfähigen im Rahmen einer Widerspruchsklage nach § 878 ZPO.

LG Halle, DR 1939,876 Nr. 8; LG Essen, ZZP 72,316, haben für die Prüfung der Parteifähigkeit ebenso entschieden. LG Essen lehnte eine "Bindung an die Rechtskraft der Entscheidung über die Parteifähigkeit" ab, weil eine unterschiedliche Behandlung von rechtskräftigen und nichtrechtskräftigen Urteilen nicht gerechtfertigt sei. Dieser Entscheidung stimmt A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 7 III 4, zu.

Zur weiteren Begründung wird noch ausgeführt, gemäß § 56 ZPO seien in jedem Stadium des Verfahrens beide Voraussetzungen von Amts wegen zu prüfen.

Der Hinweis auf § 56 ZPO kann jedoch nicht als ausreichende Begründung angesehen werden. Denn dieser Vorschrift ist nicht zu entnehmen, ob sie nur das Erkenntnisverfahren betrifft oder auch das Vollstreckungsverfahren einbezieht. Diese Einbeziehung ist deshalb nicht selbstverständlich, weil im Vollstreckungsverfahren nicht nur die in § 56 ZPO angesprochenen Gerichte, sondern auch der Gerichtsvollzieher tätig ist. Eine insoweit differenzierende Lösung wäre aber wenig sinnvoll und wird auch nicht vertreten. Zum anderen können wegen der Besonderheiten des Vollstreckungsverfahrens nicht alle Verfahrensvorschriften aus dem Erkenntnisverfahren ungeprüft in das Vollstreckungsverfahren übernommen werden. Es muß zunächst untersucht werden, ob ihrer Anwendung nicht Besonderheiten des Vollstreckungsverfahrens entgegenstehen[41].

2. Die Prüfung der Prozeß- und Parteifähigkeit erfordert die Prüfung materiellen Rechts, da §§ 50, 51, 52 ZPO an materielles Recht, nämlich an Rechts- und Geschäftsfähigkeit anknüpfen. So wäre z.B. in unserem Ausgangsfall die Prüfung der §§ 112, 113 BGB durch den Gerichtsvollzieher erforderlich. Schon diese Notwendigkeit, materielles Recht zu prüfen, ist nach der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum Grund genug, dem Vollstreckungsorgan die Prüfung der Prozeß- und Parteifähigkeit zu versagen[42].

---

41) Vgl. dazu auch Kube, MDR 1969,11, und J. Bernhardt, Der geisteskranke Schuldner, S. 101.

42) LG Essen, MDR 1956,236 mit ablehnender Anm. Fries; LG Berlin, DGVZ 1959,169; LG Lübeck, DGVZ 1969,93; LG Aachen, DGVZ 1965,88; LG Landau, DGVZ 1967,33; AG Bad Schwartau, DGVZ 1969,92; AG Schweinfurth, DGVZ 1969,149; Schwinge, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 71 f.; Kube, MDR 1969,10; Mager, DGVZ 1970,33,37; Mümmler, DGVZ 1970,82; vgl. auch schon Crasemann, Recht 1913,588.

Das Erfordernis der Prüfung materiellen Rechts ist aber für sich genommen kein Hinderungsgrund, die Prozeß- und Parteifähigkeit im Vollstreckungsverfahren zu prüfen. Zwar ist, wie schon in § 7 nachgewiesen wurde, die Prüfung materiellen Rechts im Vollstreckungsverfahren atypisch; sie ist jedoch nicht generell verboten.

Zur Begründung des Verbots wird weiterhin vorgebracht, durch eine Prüfung der Partei- und Prozeßfähigkeit werde unzulässigerweise im Zwangsvollstreckungsverfahren das Urteil im Ergebnis geändert[43], anderenfalls sei das Vollstreckungsorgan eine gesetzwidrige zweite Instanz des erkennenden Gerichts[44]. Schließlich liege es auch im Wesen der Zwangsvollstreckung und ihrer Systematik, daß das Vollstreckungsorgan nicht befugt sei, eine Entscheidung des Prozeßgerichts nachzuprüfen und zwar gleichgültig, ob es sich um das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung oder des in der Entscheidung zuerkannten materiellen Anspruchs handele[45]. Dieser Begründung kann man entnehmen, daß das Verbot der Prüfung der Partei- und Prozeßfähigkeit aus der Aufgabenverteilung zwischen erkennendem Gericht und Vollstreckungsorgan hergeleitet werden soll. Die anfängliche, d.h. schon bei Erlaß des Urteils bestehende Partei- und Prozeßfähigkeit sei im Vollstreckungsverfahren ebenso wie der Anspruch durch das Urteil ersetzt. So meint Bruns, für das Vollstreckungsorgan ergebe sich die Prozeß- und Partei-

---

43) LG Essen, a.a.O.

44) Kube, MDR 1969,12.

45) LG Berlin, DGVZ 1959,169; ähnlich AG Köln, JMBl NRW 1964,196: "Ein unter Verletzung der §§ 51, 52 ZPO ergangener Titel muß mit den gegebenen Rechtsmitteln angegriffen werden."

fähigkeit aus dem Titel[46]. Diese Überlegung verkennt jedoch den wesentlichen Unterschied zwischen der Prüfung des anfänglichen Bestandes des Anspruchs und der des ursprünglichen Vorhandenseins der Partei- und Prozeßfähigkeit von Gläubiger und Schuldner. Der Anspruch ist nach der ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers als selbständige Voraussetzung aus dem Vollstreckungsverfahren entfernt worden. An seine Stelle ist nach § 704 ZPO das Urteil getreten.

3. Anders dagegen ist es bei der Partei- und Prozeßfähigkeit von Gläubiger und Schuldner. Sie sind "selbständige" Voraussetzungen des Vollstreckungsverfahrens und gewinnen in ihm erneut, und zwar völlig unabhängig vom Erkenntnisverfahren Bedeutung. Das Verbot, die anfängliche Existenz dieser Voraussetzungen zu prüfen, muß sich also aus einem anderen Grund ergeben.

Als solcher kommt bei rechtskräftigen Urteilen die materielle Rechtskraft in Frage.

---

46) Zwangsvollstreckungsrecht, S. 14. Allerdings widerspricht sich Bruns auf derselben Seite, wenn er sagt, die Vollstreckungsorgane hätten sich nur bis zur Rüge des Schuldners an die durch den Titel bezeugte Angabe zu halten. Dies würde nämlich bedeuten, daß die Vollstreckungsorgane die Prozeßfähigkeit doch selbständig zu prüfen haben. Daß hierzu eine Rüge erforderlich ist, ändert daran nichts. Denn von sich aus darf das Vollstreckungsorgan nie eine Tatsache ermitteln, da im Vollstreckungsverfahren ebenso wie im Erkenntnisverfahren die Verhandlungsmaxime gilt. Diese ist durch den Grundsatz der Amtsprüfung nur etwas modifiziert (vgl. dazu Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 146 ff.).

a) Im Erkenntnisverfahren ist über die Partei- und Prozeßfähigkeit entschieden worden. Diese Entscheidung erwächst nicht nur bei abweisenden Prozeßurteilen, sondern auch bei stattgebenden Urteilen in Rechtskraft, da die Verurteilung in der Sache die Feststellung der Zulässigkeit der Klage enthält. Es handelt sich nicht um eine bloße Vorfrage der Sachentscheidung, die den materiellen Vorfragen vergleichbar wäre, sondern um einen selbständigen Teilausspruch des Urteils[47].

Dieser Rückgriff auf die Rechtskraft verstößt m.E. auch nicht gegen die Grundsätze der Beschränkung ihres objektiven Umfanges. Ein solcher Verstoß läge nur vor, wenn man aus der Feststellung der Partei- und Prozeßfähigkeit in einem Erkenntnisverfahren - a - herleiten wollte, daß dieselben Parteien auch in allen zukünftigen zwischen ihnen anhängigen Prozessen - b, c und d - als partei- und prozeßfähig angesehen werden müßten. Soweit geht die hier vertretene Auffassung jedoch nicht.

---

47) Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 322, Anm. IV 7 b; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 40 III; Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 107 f., 121; im Ergebnis auch Habscheid, Streitgegenstand, S. 141; RG, Warn. 1912 Nr. 454 (Rechtskraft); RGZ 159, 173, 176 (innerprozessuale Bindungswirkung eines Vorbehaltsurteils); anderer Ansicht: RG, DR 1940, 2187 (innerprozessuale Bindungswirkung eines Grundurteils).
Für die Parteifähigkeit Jauernig, Fehlerhaftes Zivilurteil, S. 174 bei FN 124 m.w.Nachw., der gerade mit Rücksicht auf die Vermeidung eines Streites über die Parteifähigkeit im Vollstreckungsverfahren ein Bedürfnis für die rechtskräftige Entscheidung über die Parteifähigkeit annimmt (S. 175 vor FN 128).

Sie besagt nur, daß die Feststellung der Partei- und Prozeßfähigkeit im Verfahren a bewirkt, daß die beiden Parteien in allen zukünftigen Verfahren mit demselben Streitgegenstand als partei- und prozeßfähig angesehen werden müssen[48]. Als solches Verfahren mit demselben Streitgegenstand muß man in einem weiteren Sinne auch das Vollstreckungsverfahren qualifizieren. In ihm geht es nämlich letztlich um die Durchsetzung desselben Anspruchs, um den schon im Erkenntnisverfahren gestritten wurde.

Gegen die hier vertretene Auffassung kann man auch nicht einwenden, eine Rechtskraftwirkung komme deshalb nicht in Betracht, weil das erkennende Gericht über die Partei- und Prozeßfähigkeit des Schuldners im Erkenntnisverfahren entscheidet, seine Prüfung sich also nur auf die Tatsachen bezieht, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisverfahrens vorliegen. Das Vollstreckungsorgan dagegen prüft die Partei- und Prozeßfähigkeit im Vollstreckungsverfahren; es legt seiner Prüfung die Tatsachenlage zugrunde, die sich nach der letzten mündlichen Verhandlung des Erkenntnisprozesses ergibt. Entscheidungsgegenstand von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren sind also formal betrachtet verschieden. Dieser formale Unterschied reicht jedoch nicht aus, um einen unterschiedlichen Entscheidungsgegenstand

---

48) So auch RG, Warn. 1912 Nr. 454, im Verhältnis von Feststellungs- und anschließender Leistungsklage.

bezüglich der Partei- und Prozeßfähigkeit anzuerkennen[49]. M.E. müssen hierzu sachliche Unterschiede, d.h. tatsächliche Veränderungen vorliegen.

Bei den nur vorläufig vollstreckbaren Urteilen könnte sich die Bindung des Vollstreckungsorgans aus der innerprozessualen Bindungswirkung des § 318 ZPO ergeben, die ja in ihrem objektiven Umfang mit der materiellen Rechtskraft identisch ist. Dazu ist allerdings Voraussetzung, daß das Vollstreckungsorgan Adressat der Bindungswirkung ist. Nach dem Wortlaut des § 318 ZPO ist das Gericht gebunden, das die Entscheidung erlassen hat. Zu diesem Gericht gehört das Vollstreckungsorgan nicht. Die von der ZPO eingeführte Trennung von Erkenntnisverfahren verbietet es, das Vollstreckungsorgan als Teil des erkennenden Gerichts anzusehen. Die Zwangsvollstreckung ist nicht mehr nur ein unselbständiger Abschnitt, d.h. eine der Erkenntnisinstanz nachfolgende Vollstreckungsinstanz in einem einheitlichen Verfahren. Dennoch kann nicht geleugnet werden, daß eine enge Verbindung zwischen Erkenntnisverfahren und Vollstreckungsverfahren besteht. Denn erst mit der Zwangsvollstreckung ist das materielle Recht, um

---

49) Ein ähnliches Problem stellt sich beim Umfang der Rechtskraft von Urteilen auf Kündigungsschutzklagen, verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklagen und aktienrechtliche Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse. Dort wird überwiegend behauptet, ein nach erfolgreichem Abschluß der Anfechtungsklage ergehender Trotzakt verstoße trotz unveränderter Sachlage nicht gegen die Rechtskraft des Urteils, durch das der angefochtene Akt aufgehoben wurde. Diese umfasse nur den Sachverhalt zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung. Der Trotzakt sei aber ein neuer Sachverhalt. Hiergegen zu Recht Lüke, JZ 1960, 23,27.

dessen Schutz es auch im Erkenntnisverfahren geht, verwirklicht[50]. Um dieser engen Verbindung willen ist es gerechtfertigt, im Verhältnis von erkennendem Gericht und Vollstreckungsorgan § 318 ZPO zumindest entsprechend anzuwenden[51].

Es kann also abschließend festgestellt werden, daß das Vollstreckungsorgan die anfängliche Existenz der Prozeß- und Parteifähigkeit deshalb nicht prüfen darf, weil es an die Entscheidung des erkennenden Gerichts hierüber gebunden ist.

b) Eine Ausnahme vom Verbot der Prüfung macht ein Teil der Rechtsprechung dann, wenn das erkennende Gericht im konkreten Fall die Partei- oder Prozeßfähigkeit nicht ausdrücklich geprüft hat[52]. Diese Ausnahme ist nicht berechtigt. Es kann für die Rechtskraftwirkung bzw. innerprozessuale Bindungswirkung keinen Unterschied ausmachen, ob das erkennende Gericht die Partei- und Prozeßfähigkeit ausdrücklich geprüft und bejaht hat oder ob es Anhaltspunkte für eine Prüfung nicht gesehen und deshalb von ihrem Vorliegen stillschweigend ausging. In beiden Fällen liegt eine Entscheidung über die Partei- und Pro-

---

50) Vgl. hierzu Grunsky, FamRZ 1968,282.

51) Ähnlich Grunsky, a.a.O.; insofern würde sich Goetz' Behauptung, Vollendurteilen komme keine innerprozessuale Bindungswirkung zu (JZ 1958,681), als unrichtig erweisen.

52) LG Landau, DGVZ 1967,88; LG Aachen, DGVZ 1965,88; ähnlich AG Schweinfurt, DGVZ 1969,139. Das soll z.B. der Fall sein, wenn der Rpfl. bei Erlaß des Vollstreckungsbefehls nicht erkannte, daß der Beklagte minderjährig ist.

zeßfähigkeit vor[53]. Dies ergibt sich daraus, daß die Zulässigkeitsvoraussetzungen stets zum Streitprogramm einer Klage gehören[54]. Ohne ihr Vorliegen zu bejahen, kann der Richter zu einer stattgebenden Sachentscheidung nicht gelangen. Wenn das Gericht über eine solche zum Streitprogramm gehörende Frage nicht ausdrücklich entschieden hat, so kann das Urteil zwar unrichtig sein; daraus folgt je-

---

53) Das RG hat eine derartige Differenzierung in RGZ 159, 173,176 für die innerprozessuale Bindungswirkung expressis verbis abgelehnt.
Die eine Differenzierung befürwortenden Entscheidungen der LGe Aachen und Landau sind widersprüchlich. Nachdem sie eine "Bindung" an den Titel verneint haben, prüfen sie nämlich nicht - wie es konsequent wäre - die Prozeßfähigkeit des Schuldners im konkreten Fall also §§ 112, 113 BGB voll durch. Dies sei eine materielle Frage, die nur das Prozeßgericht prüfen dürfe. Allerdings müsse die Minderjährigkeit berücksichtigt werden. Dies sei keine materiellrechtliche Frage! Deshalb dürfe das Vollstreckungsorgan nicht vollstrecken. Die beiden Entscheidungen übersehen völlig, daß eine Entscheidung des Prozeßgerichts über die Prozeßfähigkeit gar nicht mehr möglich ist. Ein Rechtsmittel des Gläubigers würde an der fehlenden Beschwer scheitern. Einer erneuten Klage stehen Rechtshängigkeit bzw. Rechtskraft entgegen, es sei denn, man verneint deren Vorliegen, weil dder Kläger nicht vollstrecken kann. Eine Anrufung des Prozeßgerichts durch den beklagten Schuldner ist nicht wahrscheinlich, da ja gegen ihn nichtvollstreckt werden kann.

54) Rimmelspacher, Prüfung von Amts wegen, S. 102 ff., S. 108; er hat m.E. überzeugend nachgewiesen, daß die Zulässigkeitsvoraussetzungen unabhängig davon zum Entscheidungsgegenstand gehören, wie man den Streitgegenstand zum Zwecke der Individualisierung des Streits bei Rechtshängigkeit, Klageänderung und Klagehäufung definiert.

doch keine Einschränkung des Umfangs seines Entscheidungsgegenstandes[55].

4. Bisher ist festgestellt worden, daß bei der Vollstreckung aus Urteilen die Prüfung der "anfänglichen" Partei- und Prozeßfähigkeit dem Vollstreckungsorgan jedenfalls im Ergebnis ebenso wie die Prüfung der anfänglichen Existenz des Anspruchs versagt ist. Daher drängt sich die Frage auf, ob diese Analogie in der Aufgabenverteilung soweit reicht, daß auch die nach Urteilserlaß eingetretenen Veränderungen, die zur Prozeß- oder Parteiunfähigkeit führen, vom erkennenden Gericht zu prüfen sind[56].

---

55) Dies ist sogar bei der Prüfung des materiellen Anspruchs anerkannt. Der Umfang der Rechtskraft hängt nicht davon ab, welche der mehreren Anspruchsgrundlagen ausdrücklich geprüft wurden. Entschieden ist über das, was zum Streitgegenstand gehört. Wenn das Gericht über eine zum Streitprogramm gehörende Rechtsfolge nicht entschieden hat, so ist sein Urteil zwar unrichtig, aber nicht in seinem Rechtskraftumfang eingeschränkt (BGH, LM § 322 ZPO Nr. 54; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 322, Anm. VI 5 c; Rosenberg-Schwab, § 803). Auch daraus, daß die Tatsache der Minderjährigkeit vom erkennenden Gericht nicht berücksichtigt wurde, ergibt sich für den Umfang des Entscheidungsgegenstandes nichts anderes. Tatsachen, die im Zeitpunkt des ersten Prozesses vorhanden waren, werden nur dann nicht durch die Rechtskraft präkludiert, wenn sie mit dem Prozeßstoff des ersten Prozesses nicht im Zusammenhang stehen (Rosenberg-Schwab, S. 811). Die Minderjährigkeit steht aber mit dem Prozeßstoff des ersten Prozesses, nämlich der Prozeßfähigkeit, im Zusammenhang.

56) Dieses Problem hat in Schrifttum und Rechtsprechung bisher keine Beachtung gefunden. Lediglich Baur behauptet ohne Begründung, diese Fragen seien vom Vollstreckungsorgan zu prüfen (Schönke-Baur, § 10 IV, 4).

Die Prüfung dieser Veränderungen hemmt zweifellos ebenso wie die des Erlöschens des titulierten Anspruchs die Effizienz der Vollstreckung. Sie erfordert umfangreiche Rechts- und Tatsachenuntersuchungen, z.B. wenn festgestellt werden soll, ob eine im Erkenntnisverfahren noch parteifähige OHG infolge einer Verringerung ihres Geschäftsumfanges zur BGB-Gesellschaft, und damit parteiunfähig geworden ist, oder ein ursprünglich prozeßfähiger Beklagter durch eine Geisteskrankheit prozeßunfähig geworden ist.

Diese Untersuchungen lassen sich dadurch verhindern, daß man die Überprüfung der Partei- und Prozeßfähigkeit dem Gericht der Vollstreckungsabwehrklage zuweist. Nach dem herrschenden Verständnis dieser Klage ist dies jedoch nicht möglich, da mit ihr nur Einwendungen gegen den Fortbestand des materiellrechtlichen Gläubigeranspruchs geltend gemacht werden können. Neuerdings hat jedoch Gilles eine Konzeption des § 767 ZPO vorgelegt, die eine Prüfung der Partei- und Prozeßfähigkeit im Verfahren nach § 767 ZPO zu ermöglichen scheint[57].

Nach seiner Auffassung ist die Vollstreckungsabwehrklage ein neben den normalen Anfechtungsmitteln gegen das zu vollstreckende Urteil stehender Rechtsbehelf zur Überprüfung der Richtigkeit des Urteils, aus dem vollstreckt wird. Gilles meint, die Vollstreckungsgegenklage diene wie die übrigen Anfechtungsmittel nicht nur der Geltendmachung des Wegfalls des materiellrechtlichen Anspruchs, sondern der Geltendmachung der Unrichtigkeit der zusprechenden Entscheidung insgesamt. Unter den Einwendungen, die den durch Urteil festgestellten Anspruch betreffen, seien daher nicht nur materiellrechtliche zu verstehen, sondern Einwendungen, die mit der gesamten zu er-

---

57) Gilles, ZZP 83,61 ff.

kennenden Entscheidung über ihn im Zusammenhang stehen. Dieser Zusammenhang bestehe dann, wenn die Einwendungen auf Gründen beruhen, die, wäre der prozessuale Anspruch des Vorprozesses hic et nunc nochmals zu entscheiden, auf die Entscheidung Einfluß nehmen könnten. Die Besonderheit der Klage aus § 767 ZPO gegenüber den sonstigen Anfechtungsmitteln bestehe nur darin, daß sie einmal das beschränkte Ziel der Beseitigung einer einzigen Urteilswirkung verfolge, nämlich der Vollstreckbarkeit. Zum anderen begrenze sie die Klagegründe aufs neue, d.h. nach Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung des Prozesses entstandenen Tatsachen. Diese müßten geeignet sein, die Richtigkeit des Urteils, wäre es jetzt erlassen worden, in Frage zu stellen und damit die Vernichtung der Vollstreckbarkeit zu begründen.

Gilles begründet seinen Versuch, die h.M. zu widerlegen, im wesentlichen damit, daß der Anspruch i.S.d. § 767 ZPO entsprechend den modernen Erkenntnissen des Zivilprozeßrechts nicht mehr als materiellrechtlicher Anspruch i.S.d. § 194 BGB, sondern als Anspruch im prozessualen Sinne angesehen werden müsse[58]. Das gleiche gelte für den Einwendungsbegriff, der ebenfalls zivilprozessual verstanden werden müsse[59]. Zum anderen habe sich im Vollstreckungsrecht die Erkenntnis durchgesetzt, daß der materielle Anspruch keine Rolle spiele, sondern durch das Urteil ersetzt sei. Vollstreckbarkeit bzw. Vollstreckungsfähigkeit seien ausschließlich Wirkungen des Urteils, nicht Eigenschaften des materiellen Anspruchs. Sie entstünden ohne Rücksicht auf den Bestand des Anspruchs und bestünden ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage[60]. Mit dem durch Urteil festgestellten An-

---

58) Gilles, a.a.O., S. 65, 68 ff.

59) Gilles, a.a.O., S. 95 ff., 99 ff.

60) Gilles, a.a.O., S. 77 ff., vgl. auch oben § 1.

spruch könne also nicht nur der materielle Anspruch, sondern der Entscheidungsgegenstand des in § 767 ZPO in Bezug genommenen Leistungsurteils nach § 704 ZPO gemeint sein. Das ist aber nach heutiger Auffassung der prozessuale Anspruch[61].

Mit dieser Interpretation des § 767 ZPO ließe sich auf den ersten Blick begründen, daß mit der Vollstreckungsabwehrklage gegen die Vollstreckung aus Urteilen die erst im Vollstreckungsverfahren eintretende Partei- und Prozeßfähigkeit von Gläubiger und Schuldner gerügt werden könne. Denn wenn über die Richtigkeit des Urteils nunmehr entschieden würde, müßte es wegen Fehlens der Partei- oder Prozeßfähigkeit von Gläubiger oder Schuldner aufgehoben werden[62]. Bei näherem Hinsehen jedoch zeigt sich, daß diese Konsequenz von Gilles weder gewollt noch sich zwingend aus seiner Interpretation des § 767 ZPO ergibt. Denn bei unserer Fragestellung geht es ja gar nicht um die Partei- und Prozeßfähigkeit als Sachurteilsvoraussetzungen, d.h. um die prozessuale

---

61) In Richtung auf eine solche Interpretation deuten sogar schon die Motive hin, wenn sie ausführen, namentlich die den Anspruch betreffenden Einwendungen stünden in naher Beziehung und engem Zusammenhang zu dem vorausgegangenen Prozeß und vermöchten zu einer erneuten Prüfung der ganzen Sache zu führen (Hahn, S. 436 f.).

62) Allerdings läßt sich das von Gilles selbst für die praktischen Auswirkungen seiner Auffassung angeführte Beispiel der Geltendmachung vollstreckungsausschließender und vollstreckungsbeschränkender Vereinbarungen m.E. mit seiner Interpretation der Vollstreckungsabwehrklage nicht zwangloser in deren Anwendungsbereich einordnen als mit der Konzeption der h.M. Denn die Existenz einer vollstreckungsausschließenden Vereinbarung hätte im Erkenntnisverfahren nicht dazu geführt, daß ein entsprechender Vorbehalt im Urteil aufgenommen worden wäre (vgl. hierzu BGH, NJW 1968,700). M.E. hat Gaul vom Standpunkt der h.M. die entsprechende Anwendung des § 767 ZPO überzeugend begründet (JuS 1971,347).

Richtigkeit des Urteils. Es geht vielmehr um die Partei- und Prozeßfähigkeit als selbständige, vom Urteilsverfahren unabhängige Voraussetzungen eines neuen, nämlich des Zwangsvollstreckungsverfahrens[63].

Zum anderen wäre das Erfordernis einer besonderen Vollstreckungsabwehrklage auch nicht interessengerecht. Zwar würde es den Interessen des Gläubigers an der Effizienz der Zwangsvollstreckung dienen, wenn der Schuldner vor dem Prozeßgericht klagen müßte, um die Partei- oder Prozeßunfähigkeit geltend zu machen. Diese Interessen sind hier aber anders als beim nachträglichen Wegfall der Forderung nicht vorrangig zu berücksichtigen. Prozeß- und Parteifähigkeit sind nämlich vor allem im Interesse des Schuldners und der Allgemeinheit Voraussetzungen des Vollstreckungsverfahrens. Diese Interessen erfordern, daß Prozeß- und Parteifähigkeit unmittelbar im Vollstreckungsverfahren berücksichtigt werden. Besonders die Interessen des selbst prozeßunfähigen Schuldners wären gröblich verletzt, wenn er eine selbständige Klage erheben müßte, um seine Prozeßunfähigkeit zu rügen: Dies würde er nämlich oft gerade wegen seiner Prozeßunfähigkeit nicht tun und deshalb ungeschützt bleiben. Es muß darum dem Vollstreckungsorgan die Pflicht auferlegt werden, die Partei- und Prozeßunfähigkeit des Schuldners zu berücksichtigen. Daß dies möglicherweise zu einer Prüfung materiellen Rechtes, z.B. der §§ 112, 113, 114 BGB führen wird, spricht nicht gegen diese Auffassung[64].

---

63) Dies ist kein Widerspruch zu der oben in III 3 vertretenen Auffassung, daß das anfängliche Bestehen der Partei- und Prozeßfähigkeit nicht geprüft werden dürfe, weil es schon im Urteil bejaht wurde. Denn auch dort wurde zwischen der Partei- und Prozeßfähigkeit als Sachurteils- und als Vollstreckungsvoraussetzung unterschieden, eine erneute Prüfung im Vollstreckungsverfahren nur wegen der insoweit bestehenden Bindungswirkung des Urteils abgelehnt.

64) Nicht zuzustimmen ist der Auffassung von J. Bernhardt, S. 101 ff., der das Vollstreckungsorgan sogleich verpflichtet, die Entscheidung über die Prozeßfähigkeit an das Erinnerungsgericht abzugeben.

IV. Vollstreckung von sonstigen Titeln

1. Dem Vollstreckungsorgan ist im Rahmen der Vollstreckung von Urteilen die Befugnis zur Prüfung des anfänglichen Bestehens der Partei- und Prozeßfähigkeit ebenso versagt wie die Prüfung der anfänglichen Existenz des Anspruchs. Da bei sonstigen Titeln dem Vollstreckungsorgan die Prüfung des anfänglichen Bestandes des Anspruchs ebenfalls nicht gestattet ist, liegt der Schluß nahe, aus den gleichen Erwägungen dem Vollstreckungsorgan auch die Prüfung des anfänglichen Bestehens der Partei- und Prozeßfähigkeit zu verbieten[65]. Dieser Schluß ist bei gerichtlichen Entscheidungen, die als Titel in Frage kommen (§ 794 Nr. 2, 3, 4 ZPO), auch gerechtfertigt, da diese ebenso wie Urteile über die Partei- und Prozeßfähigkeit der Beteiligten bindend entschieden haben. Fraglich scheint aber, ob dies auch für die "privaten" Titel gilt.

Einer Gleichbehandlung von "privaten" Titeln und Urteilen steht nicht entgegen, daß nach einhelliger Auffassung das Fehlen der Partei- und Prozeßfähigkeit von Gläubiger und Schuldner anders als bei Urteilen unmittelbar die Unwirksamkeit sowohl des Prozeßvergleichs[66] als

---

65) Die Begründung einiger der in FN 21 dieses Abschnitts genannten Entscheidungen deutet darauf hin, daß diese Gerichte ein generelles Verbot bejahen. A.A. ausdrücklich Schönke-Bau r, § 10 IV 4, allerdings ohne Begründung.

66) Stein-Jonas-Pohle, § 794, Anm. II 2 b; Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 307, Anm. 4 D; Rosenberg-Schwab, S. 668; Bonin, Prozeßvergleich, S. 57 f. und 59 f. m.w.Nachw.

auch der vollstreckbaren Urkunde[67] zur Folge hat. Denn das Vollstreckungsorgan ist, wie schon oben dargelegt wurde, der Prüfung der Wirksamkeit des Vollstreckungstitels dadurch enthoben, daß Vergleich und vollstreckbare Urkunde mit einer Vollstreckungsklausel versehen sind, die sie als wirksame Vollstreckungstitel ausweist.

Eine dem Urteil ähnliche, die Vollstreckungsorgane bindende Feststellung der Partei- und Prozeßfähigkeit enthalten Prozeßvergleiche und vollstreckbare Urkunden aber nicht. Die Parteien können über diese beiden Voraussetzungen, anders als über den Anspruch, keine die Vollstreckungsorgane bindende Feststellung treffen. Insoweit hat ihnen das Vollstreckungsrecht keine Verfügungsfreiheit gegeben. Denn die öffentlichen Interessen, die mit dem Erfordernis der Partei- und Prozeßfähigkeit verfolgt werden, stehen nicht zur Disposition der Parteien. Vor ihnen macht die Privatautonomie halt[68].

---

67) RGZ 134,308,314; Zain, DNotZ 1934,596,598. Diese Äußerungen in Rechtsprechung und Schrifttum befassen sich ausdrücklich zwar nur mit der Prozeßfähigkeit des Schuldners. Für die Parteifähigkeit und auch die Prozeß- und Parteifähigkeit des Gläubigers gilt jedoch nichts anderes. Dies ergibt sich aus der für den Gläubiger und gegen den Schuldner angestrebten Vollstreckungswirkung der Unterwerfungserklärung, die ohne das Vorhandensein von Partei- und Prozeßfähigkeit nicht erreicht werden kann.
Zur prozessualen Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung vgl. auch Werner, DNotZ 1969,713.

68) Vgl. in diesem Zusammenhang Gaul, JuS 1971,348.

Die die "privaten" Titel beurkundenden Staatsorgane, nämlich das Gericht und der Notar, prüfen zwar bei Protokollierung der Parteierklärungen, ob die Beteiligten partei- und prozeßfähig sind, weil sie nicht dazu mitwirken dürfen, unwirksame Titel zu schaffen. Sie entscheiden hierüber aber nicht. Sie treffen keine Streitentscheidungen über die Wirksamkeit der von ihnen geschaffenen Vollstreckungstitel, sondern beurkunden nur, wie ein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Erklärungen der Parteien, mit denen diese selbst "freiwillig" die Vollstreckbarkeit herbeiführen[69]. Diese Beurkundung hat aber nur den Sinn, die Erklärungen der Parteien schriftlich und mit der notwendigen Klarheit zu fixieren. Mit ihr wird nicht, ähnlich wie durch ein Urteil, bezeugt, daß die abgegebenen Erklärungen der Parteien wirksam sind[70].

Nach diesen Überlegungen scheint vieles dafür zu sprechen, das anfängliche Fehlen der Partei- und Prozeßfähigkeit unmittelbar im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen. Bedenken bestehen aber noch deshalb, weil doch schon die Vollstreckungsklausel nach h.M. nur erteilt werden darf, wenn der Vollstreckungstitel wirksam ist[71]. Da die "privaten" Titel bei Fehlen von Partei- und Prozeßfähigkeit unwirksam sind, könnte die Klausel

---

69) Zum Prozeßvergleich s. BGHZ 35,308 = ZZP 76,215 m. Anm. Baumgärtel; Rosenberg-Schwab, S. 663 bei FN 7; zum Vergleich und zur vollstreckbaren Urkunde vgl. Jonas, DNotZ 1934,812.

70) Hiermit wird m.E. der Sinn der Mitwirkung der staatlichen Organe bei der Titelbeschaffung durch die Parteien nicht in Frage gestellt.

71) Rosenberg, § 175 IV 2; Schönke-Baur, § 16 II 2.

zu Unrecht erteilt worden sein und der Schuldner müßte sich mit der Klauselerinnerung wehren. Das Klauselerteilungsverfahren ist aber ebenso wie das Vollstreckungsverfahren formalisiert. Diese Formalisierung steht der Prüfung der Partei- und Prozeßfähigkeit aber nicht ebenso entgegen wie der Prüfung des Bestandes der titulierten Forderung. Genauso wie oben in § 8 III dem Vollstreckungsorgan trotz der damit eventuell verbundenen Prüfung tatsächlich und rechtlich schwieriger Fragen die Berücksichtigung des nachträglichen Wegfalls der Partei- und Prozeßfähigkeit bei der Vollstreckung aus Urteilen gestattet wurde, muß dies hier schon im Klauselverfahren erlaubt sein. Zur Prüfung ähnlich schwieriger Fragen ist der die Klausel erteilende Beamte dann gezwungen, wenn er prüft, ob das Urteil durch einen wirksamen Prozeßvergleich, eine Klagerücknahme oder eine übereinstimmende Erledigungserklärung weggefallen ist[72].

Die erst nach Titelschaffung eingetretene Partei- und Prozeßunfähigkeit ist schließlich ebenso wie bei der Vollstreckung von Urteilen zu behandeln. Zuständig für die Prüfung ist allein das Vollstreckungsorgan.

---

72) Schönke-Baur, § 16 II 2.

§ 9. Vollstreckung des Gläubigers in die ihm gehörige, aber nach § 811 ZPO unpfändbare Sache

Ein ganz spezielles, mit verschiedenen der bisher behandelten Fragen zusammenhängendes Problem der Aufgabenverteilung zwischen erkennendem Gericht und Vollstrekkungsorgan stellt sich bei folgendem in Rechtsprechung und Schrifttum kontrovers entschiedenen Fall:

> Der Schriftsteller S hat seinem Gläubiger G zur Sicherung einer Darlehensforderung seine Schreibmaschine, die er für seine Arbeit benötigt, nach § 930 BGB übereignet. G hat gegen S ein Urteil auf Rückzahlung des Darlehensbetrages erwirkt und beantragt, die Schreibmaschine zu pfänden. Der Gerichtsvollzieher nimmt die Pfändung vor, worauf der Schuldner unter Berufung auf § 811 Ziff. 5 ZPO Erinnerung einlegt.
>
> Im Erinnerungsverfahren wendet der Gläubiger ein, die Schreibmaschine gehöre ihm. Der somit möglichen Herausgabevollstreckung könne der Schuldner § 811 Ziff. 5 ZPO nicht entgegenhalten. Dagegen erwidert der Schuldner, die Sicherungsübereignung sei nach § 138 BGB unwirksam[73].

---

73) Die gleiche Problematik taucht auf, wenn der Gerichtsvollzieher die Pfändung unter Berufung auf § 811 Ziff. 5 ZPO ablehnt und daraufhin der Gläubiger Erinnerung mit dem Antrag einlegt, den Gerichtsvollzieher zur Vollstreckung anzuweisen.
Die gleichen Fragen ergeben sich auch dann, wenn nicht der Sicherungseigentümer, sondern der Vorbehaltsverkäufer in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache vollstreckt.

In diesen Fällen ist umstritten, ob der Schuldner den Schutz des § 811 Ziff. 5 ZPO genießt. Zwar ist anerkannt, daß es für § 811 ZPO grundsätzlich nicht auf die Eigentumsverhältnisse ankommt; entscheidend ist, ob der Schuldner der Gewahrsamsinhaber an der Sache ist[74]. In Literatur und Rechtsprechung geht jedoch eine beachtliche Auffassung davon aus, der Berücksichtigung des § 811 Ziff. 5 ZPO stehe der Einwand der exceptio doli processualis entgegen. Da der Gläubiger Eigentümer der zu pfändenden Sache sei, könne er auch die Herausgabevollstreckung betreiben. Gegenüber dieser könne sich der Schuldner auf den Pfändungsschutz des § 811 ZPO nicht berufen. § 811 ZPO sei, wie sich aus seiner systematischen Stellung im 2. Abschnitt des 1. Buches ergebe, auf die Pfändung beweglicher Sachen wegen Geldforderungen beschränkt. Dann sei aber die Berufung des Schuldners auf § 811 ZPO trotz des Eigentums des Gläubigers treuwidrig[75].

---

74) Unabhängig von den Pfandrechtstheorien ist heute allgemein anerkannt, daß der Gläubiger in seine eigene Sache vollstrecken kann, vgl. hierzu Lüke, JZ 1959,114, und zuletzt K. Schmidt, JuS 1970,545, 550; A. Blomeyer, Festgabe für von Lübtow, S. 807.

75) OLG Karlsruhe, HRR 1934,63; LG Altona, JW 1937,1669; LG Bamberg, JZ 1938,897; LG Hagen, JW 1938,1049 (dort ist auf eine ebenso lautende unveröffentlichte Entscheidung des OLG Hamm verwiesen); LG Berlin, JR 1949, 579; LG Bremen, MDR 1951,752; OLG Hamburg, MDR 1953, 685; MDR 1954,686; LG Hamburg, MDR 1957,424; MDR 1958, 109; sehr ausführlich: LG Bonn, NJW 1961,367; aus der neuesten Rspr. vgl. AG Varel, DGVZ 1970,14; LG Lüneburg, LG Verden, DGVZ 1970,41 (Vorbehaltseigentum); in der Literatur Stein-Jonas-Pohle, § 811, Anm. II 3; Wieczorek, § 811, Anm. III a; Baumbach-Lauterbach, § 811, Anm. 1 B; Wangemann, MDR 1953,593; Ohr, NJW 1954,782; Furtner, MDR 1963,448; offen bei Thomas-Putzo, § 811, Anm. 2 c.

Die wohl herrschende Meinung in der Rechtsprechung, vor allem der Oberlandesgerichte, hat sich ebenso wie das überwiegende Schrifttum gegen diese Auffassung ausgesprochen[76].

I. Lösungsversuche in Rechtsprechung und Schrifttum

1. Die Rechtsprechung beruft sich zum Teil auf die öffentlichen Interessen, an der Berücksichtigung des § 811 ZPO[77]. Diesem Argument liegt folgende Überlegung zugrunde: Läßt man den Einwand der Arglist, gestützt auf das Sicherungseigentum des Gläubigers zu, dann könnte man durch eine Sicherungsübereignung stets das gleiche Ergebnis erzielen wie durch einen vertraglichen Verzicht auf den Pfändungsschutz des § 811 ZPO[78]. Ein solcher Verzicht ist aber nach h.M. unzulässig, weil § 811 ZPO auch öffentliche Interessen schützen soll, die der Disposition der Parteien entzogen sind[79].

---

76) OLG Karlsruhe, JW 1926,1608; HRR 1933,170; OLG Königsberg, JW 1930,177 mit zustimmender Anm. Oertmann; OLG Marienwerder, HRR 1938,Nr. 1200; OLG Bremen, MDR 1952,237; OLG Frankfurt/M., NJW 1953,1835; OLG Hamm, MDR 1954,427; KG, DGVZ 1956,89; NJW 1960,682; OLG Köln, JMBl NRW 1956,64; Rpfl. 1969,439, wo offen geblieben ist, ob dies auch dann gilt, wenn die Vindikationslage eindeutig (?) ist; OLG Schleswig, SchlHA 1957,184; OLG Celle, DGVZ 1962,139; LG Hildesheim, MDR 1961,511; LG Bonn, MDR 1960,711; LG Darmstadt, MDR 1958,43; AG Köln, JMBl NRW 1968,19; vgl. aus der neuesten Rspr. AG Melsungen, DGVZ 1970,31 (Vorbehaltseigentum). Aus der Literatur vgl. Hein, ZZP 69,231; Lüke, NJW 1954,1316; Schönke-Baur, § 21 I 1; Rosenberg, § 191 I 2; Lent-Jauernig, ZVStrR, § 32 II a.

77) OLG Köln, JMBl NRW 1956,64; OLG Bremen, MDR 1952,237.

78) Lent-Jauernig, ZVStrR, § 32 II a.

79) Vgl. dazu vor allem RGZ 72,183 und Emmerich, ZZP 82,413; 422 ff., 426 m.w.Nachw.; vgl. auch die in FN 76 zitierten Entscheidungen der Oberlandesgerichte, die allesamt einen vertraglichen Verzicht auf den Schuldnerschutz des § 811 jedenfalls im voraus nicht zulassen; besonders deutlich: KG, NJW 1960,682.

Gegen diese Argumentation kann zwar nicht eingewendet werden, daß dem Arglisteinwand auch dann Bedeutung zukomme, wenn es um öffentliche Interesse gehe[80]. Denn gegenüber dem Staat als Sachwalter der öffentlichen Interessen handelt der Schuldner nicht treuwidrig, wenn er sich auf § 811 Ziff. 5 ZPO beruft. Vielmehr nimmt er gerade dessen Interessen wahr, wenn er eine Pfändung verhindert und damit den Schuldner vor der Kahlpfändung schützt.

Es ist aber m.E. überzeugend von V. Emmerich nachgewiesen worden, daß nicht alle Schutzvorschriften des § 811 ZPO der Parteidisposition entzogen sind, sondern je nach dem Gewicht der einzelnen Schutztatbestände durch "vollstreckungserweiternde Verträge" gelockert werden können[81]. Zum anderen handelt es sich bei der Sicherungsübereignung nicht um einen gesetzwidrigen Verzicht auf den Schutz des § 811 ZPO. Die Begründung der Arglisteinrede des Gläubigers gegen die Berufung des Schuldners auf § 811 ZPO ist nämlich nicht Inhalt und Ziel des Sicherungsübereignungsvertrags[82], sondern allenfalls seine ungewollte gesetzliche Rechtsfolge, die sich aus dem Erwerb des Sicherungseigentums ergibt. Der Eigentumserwerb an sich verstößt aber nicht gegen ein gesetzliches Verbot. Unpfändbare Sachen können nämlich im Gegensatz zu unpfändbaren Forderungen (§ 400 BGB) rechtsgeschäftlich übertragen werden.

---

80) So aber OLG Hamburg, MDR 1953,686; LG Bonn, NJW 1961,367.

81) ZZP 82,413, 426 f. (§ 811 Ziff. 10 und 11, aber auch Ziff. 4, 5, 6, 7, 9); LG Bonn, MDR 1965,303 (zu § 811 Ziff. 5 ZPO); vgl. aber auch Gaul, Rpfl. 1971,3 in FN 28, und Henckel, Prozeßrecht, S. 350.

82) Nur wenn der Inhalt des Rechtsgeschäfts gegen ein Gesetz verstößt, ist § 134 BGB verwirklicht (BGH, NJW 1966,1508).

2. Ein Argument gegen die Beachtung des Arglisteinwandes glaubt indes Hein gefunden zu haben. Er meint, die Einrede der Arglist führe einen Sachverhalt in das Erinnerungsverfahren ein, der außerhalb des Streitgegenstandes dieses Verfahrens stehe[83]. Im Erinnerungsverfahren würde nur über die Rechtmäßigkeit des vom Gerichtsvollzieher erlassenen Staatsaktes gestritten. Die Anfechtung des Vollstreckungsaktes betreffe also nur das Vollstreckungsverhältnis Schuldner - Staat. Daher sei außer dem Schuldner nur der Staat als Partei an dem Erinnerungsverfahren beteiligt, der Gläubiger sei nur wegen seines Interesses als Partei des laufenden Zwangsvollstreckungsverfahrens zu hören. Das Vorbringen des Gläubigers sei aber insofern unbeachtlich, als es nicht das Anfechtungsverhältnis Schuldner - Staat betrifft. Dieses Verhältnis sei bei der Arglisteinrede nicht berührt. Sie liege hier in Form des Grundsatzes vor, daß derjenige dolos handelt, der etwas herausverlangt, was er alsbald wieder zurückgeben muß. Dieser Grundsatz betreffe nur das Verhältnis Gläubiger - Schuldner, weil in ihm die personale Anforderung an das rechtsethische Verhalten des Gegners zum Ausdruck komme, die jeweils nur im intersubjektiven Verhältnis zwischen den Prozeßparteien vollziehbar sei[84].

Gegen diese Auffassung Heins spricht, daß sie nur eine Erklärung für die Unbeachtlichkeit der Arglisteinrede im Erinnerungsverfahren gibt. Spielt sich der Streit zwischen Gläubiger und Schuldner schon im erstinstanz-

---

83) ZZP 69,242 f., 245 ff.

84) Hein, a.a.O., FN 38.

lichen Verfahren vor dem Gerichtsvollzieher ab, so müßte Hein nach einer anderen Begründung suchen. Denn hier stehen sich Schuldner und Gläubiger als Parteien mit entgegengesetzten Interessen gegenüber, so daß der Grundsatz "dolo petit" anwendbar wäre. Zum anderen ist die Behauptung Heins, im Erinnerungsverfahren stünden sich als Parteien Staat und Schuldner, nicht aber Gläubiger und Schuldner gegenüber, nicht richtig[85]. Diese Gleichstellung des Vollstreckungsverfahrens mit dem Verwaltungsprozeß geht zu weit. Sie verkennt, daß es im Erinnerungsverfahren anders als im Verwaltungsprozeß um die Interessen des Staates geht, sondern um die des Gläubigers und des Schuldners. Auch das Zwangsvollstreckungsverfahren ist ein Zivilprozeß. Gegner des Vollstreckungsrechtsbehelfs des Schuldners ist deshalb der Gläubiger und nicht der Staat[86]. Im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ist aber eine Beachtung des dolo-petit-Einwandes durchaus möglich.

3. Als weiteres Argument wird gegen die Berücksichtigung des Arglisteinwandes geltend gemacht, sie setze voraus, daß das Vollstreckungsorgan bzw. das Erinnerungsgericht den Eigentumsherausgabeanspruch des Gläubigers geprüft habe. Das Vollstreckungsverfahren sei aber im Gegensatz zu einem auf die Feststellung der Eigentumsverhält-

---

85) Hein betrachtet den Gläubiger noch nicht einmal als eine dem im Verwaltungsprozeß Beigeladenen vergleichbare Person, da er ihm ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des fehlerhaften Staatsakts abspricht.

86) Gaul, Rpfl. 1971, S. 40 bei FN 116 ff.; Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 34 f.; Rpfl. 1969,285 ff.

nisse gerichteten Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht nur dazu bestimmt, Verstöße gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung zu rügen. Für die rasche Prüfung dieser Formalien habe das Gesetz ein Beschlußverfahren vorgesehen, das nicht mit der schwierigen Prüfung der Eigentumsverhältnisse belastet werden dürfe. Die Zulassung der Eigentumsprüfung im Vollstreckungsverfahren sei also mit Rücksicht auf Zweck und Ausgestaltung desselben unzulässig[87] [88].

---

87) OLG Frankfurt/M., NJW 1953,1835; zustimmend KG, DGVZ 1956,89; OLG Hamm, MDR 1954,427; OLG Schleswig, SchlHA 1957,184; OLG Celle, DGVZ 1962,139; ähnlich Lüke, NJW 1954,1316.

88) Handele es sich darüber hinaus um eine Sicherungsübereignung im Rahmen eines finanzierten Abzahlungskaufes, so kämen gem. § 6 AbzG die Vorschriften der §§ 1 - 3 AbzG zur Anwendung. Die Sache könne nur Zug um Zug gegen Erfüllung etwaiger Rückzahlungsforderungen des Schuldners herausverlangt werden (OLG Hamburg, MDR 1954,686; vgl. auch OLG Köln, Rpfl. 1969,439). Diese Probleme müßten dann auch im Vollstreckungsverfahren geprüft werden.
Die Anwendbarkeit der §§ 1 - 3 AbzG ist in diesem Zusammenhang nicht von der in § 10 zu behandelnden Frage abhängig, ob man die Vollstreckung in die Abzahlungssache als Rücktritt gem. § 5 AbzG absieht und ob man dessen Folgen schon im Vollstreckungsverfahren berücksichtigt. Hier ergibt sich die Berücksichtigung des Abzahlungskaufes daraus, daß die Rspr. in der Herausgabeklage einen Rücktritt gem. § 5 AbzG sieht (BGH, LM Nr. 2 § 5 AbzG). Prüft das Vollstreckungsorgan die Begründetheit einer solchen Herausgabeklage im Vollstreckungsverfahren, so muß es notwendig auch die dem Erfolg einer solchen Klage entgegenstehenden Gegenansprüche des Käufers berücksichtigen. Ob die Rspr. des BGH richtig ist, soll hier dahinstehen (vgl. dazu Schnitzer, Die Vollstreckung des Vorbehaltsverkäufers, S. 180 ff.).

Diese Argumentation versucht die Gegenmeinung dadurch zu entkräften, daß sie die Arglisteinrede nur dann beachtet, wenn der Eigentumsherausgabeanspruch zwischen den Parteien unstreitig ist oder infolge unsubstantiierten Bestreitens des Schuldners aufgrund des Gläubigervortrages offenkundig ist[89]. Die so vorgenommene Begrenzung der Entscheidungsgrundlage auf unstreitige Sachverhalte ist aber kein Gegensatz, sondern nur ein Weniger gegenüber der vollen Eigentumsprüfung. Zum anderen gibt es kein Unstreitigsein in Bezug auf Rechte, sondern nur auf Tatsachen, so daß die Rechtsprüfung dem Vollstreckungsorgan nicht erspart bliebe[90]. Mit dieser "summarischen Prüfung" des Eigentums wird zudem ein Unsicherheitsfaktor in das Vollstreckungsverfahren hineingetragen, nicht nur weil im Einzelfall zweifelhaft sein kann, wie weit das Vollstreckungsorgan die Prüfung des Eigentumsherausgabeanspruchs auszudehnen hat, sondern vor allem deshalb, weil die Prüfung des Eigentums vom Verhalten der Parteien abhängig wird und folglich zu Beginn des Verfahrens noch völlig offen sein kann[91].

Zu diesem fragwürdigen Ausweg ist die Gegenmeinung jedoch gar nicht gezwungen.

---

89) Vgl. vor allem OLG Hamburg, MDR 1953,685 und MDR 1954,686; LG Bonn, NJW 1961,367; LG Berlin, JR 1949, 579 und die ausführliche Darstellung bei Serick I, S. 322 ff. Bei einer Sicherungsübereignung im Rahmen eines finanzierten Abzahlungskaufes soll diese Offenkundigkeit nie vorliegen (vgl. OLG Hamburg, MDR 1954,686; OLG Karlsruhe, DGVZ 1955,118 und OLG Köln, Rpfl. 1969,439), da die Rückzahlungsansprüche des Käufers immer sehr kompliziert zu ermitteln seien.

90) Dazu oben § 2 II. 2.

91) Lüke, NJW 1954,1316.

Die Behauptung, die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme hänge niemals von materiellrechtlichen Voraussetzungen, sondern ausschließlich von formalisierten Prozeßerfordernissen ab, ist nämlich nicht richtig. Wie die schon mehrfach zitierten gesetzlichen Beispiele der §§ 851, 857 III, 865 II 1 ZPO zeigen, ist dem Vollstreckungsverfahren eine Prüfung materiellen Rechtes in Bezug auf die Vollstreckungsobjekte nicht grundsätzlich fremd. Deshalb kann man m.E. nicht sagen, die Einrede der Arglist sei schon deshalb unzulässig, weil sie eine Prüfung des Eigentums des Gläubigers erfordere.

Die als Beweis für die Richtigkeit dieser These angeführte Bestimmung des § 771 ZPO beweist zwar, daß das Eigentum eines Dritten am Vollstreckungsobjekt nur außerhalb des Vollstreckungsverfahrens vom erkennenden Gericht geprüft wird. Hieraus könnte ein Argument gegen die Prüfung des Eigentums des Gläubigers nur dann gewonnen werden, wenn die hier vorliegende Interessenlage mit der vergleichbar wäre, die dazu führte, daß der Dritteigentümer sein Recht nur im Prozeß nach §771 ZPO geltend machen kann[92]. Das Dritteigentum wurde im Vollstreckungsverfahren vor allem im Interesse des Gläubigers an der Effizienz der Zwangsvollstreckung nicht geprüft. Ein solches Interesse des Gläubigers an der Durchschlagskraft der Zwangsvollstreckung besteht hier nicht. Gerade das Gegenteil ist der Fall. Der Gläubiger selbst gibt mit seiner Berufung auf das Eigentum zu erkennen, daß er es überprüfen lassen will und damit die Zwangsvollstreckung verlangsamen möchte. Er muß hier nämlich anders als in den Fällen des § 771 ZPO nicht befürchten, daß ihm das Vollstreckungsobjekt infolge des zu prüfenden Eigentums

---

92) OLG Frankfurt/M., a.a.O. behauptet dies; ebenso KG, DGVZ 1956,89.

entzogen wird, wenn die Vollstreckung nicht schnell genug vor sich geht. Die Prüfung des Eigentums soll vielmehr seine Vollstreckung erfolgreich machen. Eine mit § 711 ZPO vergleichbare Interessenlage liegt also nicht vor.

II. Eigene Lösung

Schließlich wird gegen die Berücksichtigung des Arglisteinwandes vorgebracht, der Gläubiger müsse die Vor- und Nachteile des Weges der Vollstreckung aus einer Geldforderung in Kauf nehmen, wenn er diesen Weg eingeschlagen habe[93]. Er habe von vornherein die Möglichkeit, seine Klage gegen den Schuldner so einzurichten, daß sich dieser in der Vollstreckung nicht auf § 811 ZPO berufen könne. Wähle er diesen Klageweg nicht, so müsse er die Nachteile des § 811 ZPO hinnehmen. Dieses Argument spricht die Unterschiede zwischen den verschiedenen Vollstrekkungsarten an. Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das bewegliche Vermögen hat der Gläubiger gewählt, indem er einen Zahlungstitel erwirkte. Inhalt und Umfang der Vollstreckungstätigkeit bestimmen sich daher nach diesem Schuldtitel. Wird der Zahlungstitel dem Gerichtsvollzieher zur Beitreibung der Schuld vorgelegt, dann hat sich der Gläubiger hiermit für ein ganz bestimmtes Vollstreckungsverfahren entschieden, dessen Erfordernisse der Gerichtsvollzieher zu beachten hat.

In diesem Hinweis auf die Unterschiede der beiden Vollstreckungsarten kommt die Überlegung zum Ausdruck,

---

93) Lüke, NJW 1954,1316; JZ 1959,114,119; JuS 1970,629; und schließlich auch Hein, ZZP 69,237 ff.

die m.E. entscheidend zur Lösung des Problems beiträgt: Könnte der Eigentümer-Gläubiger, obwohl er die Vollstreckung wegen einer Geldforderung gewählt hat, gleichzeitig auch die Vorteile der Herausgabevollstreckung in Anspruch nehmen, dann gäbe man ihm, jedenfalls vom Ergebnis her betrachtet, das Recht, ohne einen entsprechenden Titel die Herausgabevollstreckung zu betreiben. Das ist aber nicht zulässig. Das Vollstreckungsorgan würde hierbei unter Mißachtung der Aufgabenverteilung zwischen ihm und dem erkennenden Gericht gewissermaßen selbständig den Herausgabeanspruch titulieren. Das Vollstreckungsorgan ist aber nicht berechtigt, aus vermeintlichen Erkenntnissen des materiellen Rechts zugunsten oder zu Lasten einer Partei, dem Inhalt des Titels etwas hinzuzufügen oder wegzunehmen[94]. Die gegenteilige Auffassung liefe im Ergebnis darauf hinaus, es auch stets als arglistig anzusehen, wenn der Schuldner sich vor einer Verurteilung trotz unstreitigen Herausgabeanspruchs des Gläubigers weigerte, die Vollstreckung zu dulden[95].

---

94) LG Stuttgart, MDR 1952,688 ff.; anders ist m.E. die Rechtslage, wenn das erkennende Gericht im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage eine Forderung des Gläubigers berücksichtigt, die noch nicht tituliert ist. So kann m.E. eine Vollstreckungsgegenklage abgewiesen werden, wenn trotz des Wegfalls der titulierten Forderung, z.B. wegen Rücktritts gem. § 5 AbzG, dem Gläubiger eine gleich hohe Forderung gegen den Schuldner aus § 2 AbzG zusteht. Diese darf das erkennende Gericht beachten, obwohl sie noch nicht tituliert ist. Ebenso ist m.E. der in NJW 1970,240 abgedruckte, vom BGH entschiedene Fall zu verurteilen. Dort bestand zwar keine Kaufpreisforderung des Gläubigers, wohl aber ein Anspruch aus § 179 I BGB (a.A. wohl Gerhardt, JuS 1970,326/327). Zum entsprechenden Fall bei § 771 ZPO vgl. K. Schmidt, JuS 1970,545, 549 unter c bb: Die Drittwiderspruchsklage ist abzuweisen, wenn der Dritte dem Vollstrekkungsgläubiger selbst materiell haftet.

95) Vgl. hierzu Hein, ZZP 69,240; LG Stuttgart, MDR 1952,688.

Der hier vertretenen Meinung kann auch nicht entgegengehalten werden, das Erfordernis der Erwirkung des Herausgabetitels sei unwirtschaftlich, weil die Herausgabe der Sache doch nur um den Zeitraum verzögert würde, den der Gläubiger zum Führen des Herausgaberechtsstreits benötige[96]. Denn nur um der Prozeßökonomie willen darf die dem Schutz des Schuldners dienende Systematik des Vollstreckungsrechts nicht aufgeweicht werden.

Auch dann, wenn gerade die titulierte Forderung durch das Sicherungseigentum gesichert werden soll, gilt nichts anderes[97]. Es wird zwar die Auffassung vertreten, in diesem Fall erfordere eine konsequente Weiterführung des Instituts der Sicherungsübereignung im Vollstreckungsrecht die Berücksichtigung des Arglisteinwandes. Wenn man nämlich das Sicherungseigentum, also ein besitzloses Pfandrecht anerkenne, sollte auch im Vollstreckungsrecht dieses Sicherungseigentum dem Besitzpfandrecht gleichgestellt

---

96) Vor allem LG Bonn, NJW 1961,367.

97) Im Falle der Vollstreckung des Verkäufers wegen der Kaufpreisforderung in die verkaufte Sache meint Chr, NJW 1954,787, man verkehre den Sinn des § 811 ZPO, wenn man dem Verkäufer nicht den Einwand der Arglist gegen die Berufung des Schuldners auf § 811 ZPO gestatte, und zwar unabhängig davon, ob er sich das Eigentum vorbehalten habe oder nicht. Das Pfändungsverbot solle dem Schuldner nur die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz erhalten. Gestatte man dem Käufer die Berufung auf § 811 ZPO, so verschaffe ihm § 811 ZPO aber die wirtschaftliche Grundlage seiner Existenz. Diese Überlegung überzeugt nicht. Die wirtschaftliche Existenz wird dem Schuldner nicht durch die Gestattung der Berufung auf § 811 ZPO verschafft, sondern dadurch, daß der Gläubiger einem nicht solventen Schuldner aus "wohl verstandenem" Interesse die verkaufte Sache überläßt. Im übrigen scheint es mir in der Mehrzahl dieser Fälle geradezu billig zu sein, den Verkäufer mit dem Risiko des § 811 ZPO zu belasten. Denn dann werden leichtfertige Verkäufer davon abgehalten, den meist zahlungsschwachen Käufern solche Vorbehaltskäufe aufzuschwatzen.

werden, d.h. dem Gläubiger die Befriedigung ohne die Möglichkeit der Berufung des Schuldners auf § 811 ZPO gewährt werden. Diese Überlegung übersieht, daß der Gläubiger, dem der Schuldner den Besitz an der Sache belassen hat, eine schwächere Position im Zwangsvollstreckungsrecht besitzt als ein Besitzpfandgläubiger[98]. Er hat dem Schuldner nämlich den Besitz und damit die in § 811 ZPO geschützte Position belassen[99].

---

98) Dies kommt auch im Rahmen des § 127 II KO zum Ausdruck. Hier geht das Verwertungsrecht des Konkursverwalters dem des Sicherungseigentümers vor, weil sich dieser nicht ohne gerichtliches Verfahren befriedigen kann (vgl. KG, JZ 1956,123).

99) Eine Sicherungsübereignung wird im übrigen vom Schuldner auch unbedenklicher vorgenommen als eine Verpfändung (LG Bremen, MDR 1951,752).

§ 10 Die Vollstreckung des Vorbehaltsverkäufers in die auf Abzahlung verkaufte Sache

Ein besonders kompliziertes Problem der Aufgabenverteilung zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht, das mit der Prüfung des Wegfalls des titulierten Anspruchs zusammenhängt, taucht bei der Vollstreckung des Verkäufers in die auf Abzahlung verkaufte Sache auf. Auch hier sei zur Veranschaulichung der Problematik folgender, in der Praxis häufig vorkommender Fall vorangestellt:

> Der Abzahlungskäufer kommt, nachdem er einige Raten bezahlt hat, seinen Verpflichtungen nicht mehr nach. Daraufhin erwirkt der Verkäufer einen Zahlungstitel über die restliche Kaufpreisforderung. Da sonstiges pfändbares Vermögen nicht zur Verfügung steht, läßt der Verkäufer die von ihm auf Abzahlung verkaufte Sache pfänden und anschließend verwerten. Die in Betracht kommenden Verwertungsarten sind verschieden: Der Verkäufer selbst oder ein Dritter ersteigert die Sache, oder aber dem Verkäufer wird, da sich eine Versteigerung mangels Erfolges nicht lohnen würde, auf seinen Antrag hin die Sache vom Vollstreckungsgericht gemäß § 825 ZPO zu Eigentum überwiesen.

I. Auslösung der Rücktrittsfiktion

In diesem Fall stellt sich für die Vollstreckungsorgane die Frage nach der Prüfung des Wegfalls der Forderung aus folgendem Grund: Die Rechtsprechung wendet auf die Vollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die verkaufte Sache § 5 AbzG an, d.h. sie sieht in der Vollstreckung eine Wiederansichnahme der verkauften Sache durch den Verkäufer, die als Ausübung des Rücktritts

wegen Nichterfüllung der Pflichten des Käufers gilt (vgl. § 1 AbzG). Somit ist die titulierte Kaufpreisforderung infolge Rücktritts erloschen. Diese Rechtsprechung ist zwar mehrfach angegriffen worden; der Bundesgerichtshof hat sie aber in einer Entscheidung aus dem Jahre 1970 bestätigt, ja sogar erweitert[100]. Er hat, wie schon früher, auch in diesem Urteil nochmals entschieden, daß die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG sowohl dann ausgelöst wird, wenn der Verkäufer in der von ihm betriebenen Zwangsvollstreckung die Abzahlungssache ersteht[101], als auch dann, wenn er sie sich gemäß § 825 ZPO ins Eigentum überweisen läßt[102]. Darüber hinaus, und insoweit geht die Entscheidung einen Schritt weiter als die vorherigen, sei § 5 AbzG auch auf die Fälle anzuwenden, in denen die Sache von einem Dritten ersteigert wird. Schließlich soll für die Anwendung des § 5 AbzG nicht einmal erforderlich sein, daß sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat[103].

Damit ist der Bundesgerichtshof in dreifacher Hinsicht vom Wortlaut des § 5 AbzG abgewichen[104]. Er verlangt einmal keine Wiederansichnahme der Sache durch den Verkäufer, da er es ausreichen läßt, daß die Sache

---

100) BGH, NJW 1971,191 = JuS 1971,210 = BGHZ 55,59.

101) So schon BGHZ 15,171 = NJW 55,64.

102) So schon BGHZ 15,241 = NJW 55,139.

103) So auch schon BGHZ 19,326.

104) Vgl. Lüke, JZ 1959,114.

zu einem Dritten gelangt. Zum zweiten sieht er von der Wiederansichnahme aufgrund Eigentumsvorbehalts ab und läßt stattdessen genügen, daß der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz einer Sache einbüßt. Schließlich wendet er § 5 AbzG auch dort an, wo ein Eigentumsvorbehalt des Verkäufers nicht vereinbart worden ist.

Es ist dem Bundesgerichtshof zuzugeben, daß diese Bedenken aus dem Wortlaut des § 5 AbzG seiner Anwendung auf die Vollstreckungsfälle nicht entgegenstehen können, wenn Sinn und Zweck des § 5 AbzG die Anwendung erfordern. § 5 AbzG soll verhindern, daß der Käufer die Möglichkeit zur Nutzung der Sache verliert, aber weiterhin den vollen Kaufpreis schuldet[105]. Danach ist also der Verlust der Nutzungsmöglichkeit für den Käufer, nicht aber die Wiedererlangung des Besitzes durch den Verkäufer das die Rechtswirkung des § 5 AbzG auslösende Moment. Dann kann aber die analoge Anwendung des § 5 AbzG auch nicht daran scheitern, daß der Verkäufer dem Käufer nicht aufgrund seines vorbehaltenen Eigentums den Besitz entzieht. Denn die Gefahr, daß der Käufer trotz Verlustes der Abzahlungssache zur Zahlung des Restkaufpreises verpflichtet bleibt, besteht auch dann, wenn der Verkäufer in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache aus dem Kaufpreistitel vollstreckt und damit die Wegnahme erreicht. Schließlich besteht die gleiche Gefahr, wenn nicht einmal ein Eigentumsvorbehalt vereinbart ist. Ein bisher zu wenig beachteter Unterschied zwischen den Vollstreckungsfällen und den sonstigen von § 5 AbzG geregelten Tatbeständen liegt aber darin, daß in der Vollstreckung der Wert der Sache für die Tilgung der Kaufpreisschuld verwendet wird[106]. Der Käufer bleibt an die Kaufpreisschuld

---

105) Amtl. Begründung, S. 725.

106) Diesen Unterschied hat vor allem Lüke, JZ 1959,115 hervorgehoben. In BGH, NJW 1971,191 geht der BGH ausführlich auf diesen Unterschied ein.

nur insoweit gebunden, als sie den Erlös übersteigt. Der Verkäufer verfolgt also keinen zweispurigen Weg, d.h. er verlangt nicht Herausgabe der Kaufsache und gleichzeitig Erfüllung der Kaufpreisschuld, sondern er drängt allein auf Erfüllung, d.h. er erstrebt die Abwicklung des Vertrages. Die entscheidende Frage ist somit, ob § 5 AbzG dem Verkäufer eine solche Abwicklung des Vertrages durch Zugriff auf die Kaufsache verwehrt.

Der Bundesgerichtshof nimmt unter Berufung auf die "Amtliche Begründung" letzteres an[107]. Zwar beschäftige sich die "Amtliche Begründung" nicht ausdrücklich mit der Frage, ob auch die Vollstreckung in die Kaufsache die Rechtsfolgen des § 5 AbzG auslöse. Das erkläre sich jedoch daraus, daß 1894 unter der Herrschaft der privatrechtlichen Pfändungspfandrechtstheorie die Pfändung einer eigenen Sache des Gläubigers nicht als zulässig angesehen worden sei (vgl. § 1256 BGB). Die "Amtliche Begründung" erkläre aber den Fall, daß der Verkäufer die Sache "in Folge besonderer Vertragsabrede zum öffentlichen Verkauf bringe" zu einem Anwendungsfall des § 5 AbzG. Der Gesetzgeber habe es demnach für unerheblich gehalten, daß bei einer Verwertung der Sache der Erlös dem Käufer dadurch zugute kommt, daß sich seine Kaufpreisschuld um den Erlös mindert. Auch in diesem Falle soll nach §§ 2, 3 AbzG abgerechnet werden. Es dürfe angenommen werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers dies erst recht für eine Verwertung der Sache durch die Zwangsvollstreckung gelten solle, die nach der damaligen Rechtsauffassung nicht möglich gewesen sei.

---

107) BGH, NJW 1971, 192 = BGHZ 55,61.

Dieser Überlegung hält Lüke entgegen, daß in dem in der "Amtlichen Begründung" genannten Fall des öffentlichen Verkaufs der Verkäufer aufgrund seines Eigentumsvorbehalts die Sache verkauft habe. Die "Amtliche Begründung" setze also eine doppelte Zugriffsmöglichkeit des Verkäufers auf die Abzahlungssache voraus; einmal wegen der Kaufpreisforderung, zum anderen aufgrund der Vereinbarung ohne Anrechnung des Erlöses auf den Kaufpreis[108]. Daß im Fall des abredegemäßen öffentlichen Verkaufs keine Anrechnung auf den Kaufpreis erfolgen soll, wird aber durch die Begründung zu § 1 AbzG widerlegt[109]. Dort wurde erwogen, ob man dem Abzahlungsverkäufer aufgrund des Eigentumsvorbehalts statt des Rechtes, die Sache herauszuverlangen, nur die Befugnis geben sollte, die Sache zum öffentlichen Verkauf zu bringen. Diese Lösung wurde mit der Begründung abgelehnt, daß der Erlös bei dem Verkauf sehr gering sei und der Schuldner für den Ausfall an dem vertragsgemäßen Kaufpreis aufzukommen hätte. Mit einer solchen Regelung wäre dem Schuldner also nicht geholfen.

Nach diesen Ausführungen kann aber kein Zweifel bestehen, daß nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der öffentliche Verkauf unter Anrechnung auf den Kaufpreis erfolgen und dennoch als Rücktritt gemäß § 5 AbzG anzusehen sein sollte.

Die Motive des Gesetzgebers sind allerdings nicht letztlich entscheidend für die Auslegung. Entscheidend sind der objektiv erkennbare Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung[110]. Dieser verlangt m.E. die Anwendung des § 5 AbzG

---

108) Lüke, JZ 1959,115 r.Sp.

109) S. 723 r.Sp.

110) Larenz, Methodenlehre, S. 296 ff.; vgl. auch BGHZ 42, 182.

auch dann, wenn der Erlös der Versteigerung auf die Kaufpreisforderung angerechnet wird. Durch § 5 AbzG soll nämlich nicht nur verhindert werden, daß der Verkäufer gleichzeitig Herausgabe der Kaufpreissache und Erfüllung der Kaufpreisschuld verlangt. Sein Zweck geht weiter. Er will erreichen, daß die Schuld des Käufers bei Verlust der Kaufsache nicht nur für die Zukunft als erfüllt anzusehen ist, sondern auch für die Vergangenheit mit der Wirkung untergeht, daß der Schuldner seine schon bezahlten Kaufpreisraten nach § 1 AbzG zurückverlangen kann. Ohne Rücktrittsfiktion ist er dazu bei der Versteigerung der Abzahlungssache nicht in der Lage. Hiergegen kann auch nicht eingewendet werden, der Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsentschädigung gemäß § 2 AbzG übersteige regelmäßig die Rückzahlungsforderung des Käufers, so daß diese nicht ins Gewicht falle. Denn solange die Rücktrittsfiktion nicht eingreift, besteht auch die Nutzungsersatzpflicht des Käufers nicht. Gerade die Rücktrittsfolgen ermöglichen es erst festzustellen, ob die Rückzahlungsansprüche des Käufers den Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsentschädigung übersteigen. Nach alledem muß angenommen werden, daß die Vollstreckung in die Abzahlungssache die Rechtsfolgen des § 5 AbzG auslöst, d.h. die titulierte Forderung erlischt.

II. Zeitpunkt des Eintritts der Rücktrittsfiktion

Nun muß geklärt werden, wie es in den eingangs erwähnten Fallgestaltungen zu der uns interessierenden Frage der Berücksichtigung des Wegfalls der titulierten Forderung im Vollstreckungsverfahren selbst kommen kann.

Dies ist schon deshalb problematisch, weil dazu erforderlich ist, daß die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG schon während des Vollstreckungsverfahrens ausgelöst wird. Tritt die Wirkung des § 5 AbzG dagegen erst mit der Beendigung der Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache, also der Aushändigung des Erlöses an den Gläubiger ein, dann könnte man schwerlich zu einer Berücksichtigung der Rücktrittsfolgen schon im Vollstreckungsverfahren kommen[111]. Zunächst muß also untersucht werden, in welchem Zeitpunkt die Rechtswirkungen des § 5 AbzG eintreten, wenn in die Abzahlungssache vollstreckt wird.

Als solche Zeitpunkte kommen der Vollstreckungsantrag des Gläubigers, die Pfändung, der Antrag auf Versteigerung gemäß § 817 ZPO oder Zuweisung ins Eigentum des Gläubigers gemäß § 825 ZPO, die Übergabe der Sache an den Ersteher und schließlich die Aushändigung des Erlöses an den Gläubiger in Betracht[112].

---

111) Anders ist dies in dem bisher noch nicht erwähnten Fall, daß der Gläubiger nach Abschluß der Verwertung der gepfändeten Abzahlungssache aufgrund des Kaufpreistitels wegen einer Restforderung das Offenbarungseidsverfahren einleitet und der Schuldner im Termin zur Leistung des Offenbarungseides gemäß § 900 V ZPO einwendet, er habe nichts zu zahlen, weil der Gläubiger die Sache verwertet habe (LG Gießen, NJW 1957,348 mit abl. Anmerkung Clauß; AG Bonn, MDR 1964,624). Hier ist anders als im Eingangsfall die Zwangsvollstreckung beendet und damit die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG in jedem Falle ausgelöst. Das Problem der ausnahmsweisen Prüfung des Erlöschens des titulierten Anspruchs im Vollstreckungsverfahren stellt sich nur, weil auch der Widerspruch nach § 900 V ZPO ebenso wie die Erinnerung grundsätzlich nur auf formelle Einwendungen gestützt werden, die das Verfahren der Vollstreckungsorgane betreffen.
Dadurch, daß der Offenbarungseid durch die eidesstattliche Versicherung ersetzt wurde, hat sich an der hier behandelten Problematik nichts geändert.

112) Vgl. Schmitzer, Die Vollstreckung des Vorbehaltsverkäufers, S. 148 ff. m.w.Nachw.

Leicht zu begründen ist, daß der Vollstreckungsantrag des Gläubigers die Rücktrittswirkung des § 5 AbzG noch nicht auslöst[113]. Ihm fehlt noch die direkte Beziehung zu dem die Rücktrittsfiktion rechtfertigenden Besitzverlust des Abzahlungskäufers. Heftig diskutiert wird aber darüber, ob die Pfändung der Abzahlungssache die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG auslöst[114].

Diese Ansicht hat der Bundesgerichtshof m.E. zu Recht abgelehnt[115]. Die bloße Pfändung verwirklicht nach seiner Auffassung niemals den Tatbestand des § 5 AbzG. Dies ergebe sich aus Sinn und Zweck des § 5 AbzG. Diese Vorschrift wolle verhindern, daß der Schuldner die Möglichkeit verliere, die Sache zu nutzen, aber weiterhin zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibe[116]. Deshalb sei sie nur anwendbar, wenn der Schuldner endgültig die Nutzungsmöglichkeit verliere. Dies bewirke die Pfändung nicht, auch wenn sie zu einem Besitzverlust des Schuldners führe. Die Pfändung sei im Rahmen der gesamten Vollstreckung nur vorbereitender Natur. Werde sie aufgehoben,

---

113) A.A. nur LG Berlin, JW 1938,2300.

114) Bejahend vor allem Schnitzer, S. 117 ff., 158, jedoch nur dann, wenn die Pfändung zum Besitz- und damit Nutzungsverlust des Käufers an der Sache führt; gegen diese Einschränkung: LG Nürnberg, JZ 1933,2168; OLG Karlsruhe, DGVZ 1955,118; Danielcik, JW 1937,290. Schnitzer, a.a.O., vertritt auch den Standpunkt, daß die Pfändung ohne Besitzentzug, die zum Nutzungsverlust führe, § 5 AbzG verwirkliche, z.B. in dem Fall, daß der Gerichtsvollzieher die Schlüssel zum gepfändeten Kfz. nach der Pfändung mitnimmt (a.A. BGH, WM 1966,1175).

115) NJW 1963,763 = JuS 1963,289 Nr. 5 = LM Nr. 10 zu § 5 AbzG = BGHZ 39,97; zustimmend Furtner, MDR 1963, 445 ff.; Nöldecke, NJW 1964,2243, 2244.

116) Dazu RGZ 139,205; 146,182; BGHZ 15,171; 15,241; Lüke, JZ 1959,114 ff.

dann trete der alte Zustand von selbst wieder ein, der Schuldner habe wieder die freie Nutzungsmöglichkeit. In der Praxis werde die Pfändung auch oft als bloßes Druckmittel gegen säumige Schuldner benutzt. Zum anderen müsse zugunsten des Gläubigers berücksichtigt werden, daß die Pfändung der Abzahlungssache oftmals ohne besonderen Auftrag und ohne Wissen des Verkäufers erfolge. Ihm müsse daher die Möglichkeit offen bleiben, sofort nach Kenntnis von der Pfändung diese wieder aufleben zu lassen. Auch diese Interessen des Verkäufers müßten beachtet werden, obwohl das Abzahlungsgesetz vorwiegend den Schuldner schütze. Eine Differenzierung danach,ob die Pfändung mit oder ohne Willen des Gläubigers erfolgt sei, sei nicht möglich, da sie zu einer großen Unsicherheit führe.

Obwohl der Bundesgerichtshof sich nicht festgelegt hat, muß aus dieser Entscheidung gefolgert werden, d aß die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG erst dann ausgelöst wird, wenn die Sache dem Ersteher übergeben wird. Vorher besteht nämlich immer noch die Möglichkeit, daß der Gläubiger den endgültigen Nutzungsverlust des Schuldners verhindert, indem er z.B. seinen Vollstreckungsantrag zurücknimmt[117].

Sieht man somit die Aushändigung der Sache an den Gläubiger oder Dritten als rücktrittsauslösendes Moment an, so ist die Berücksichtigung des Wegfalles des Anspruchs im Zwangsvollstreckungsverfahren möglich. Mit der Aushändigung der Sache an den Ersteher wird der Rücktritt vom Abzahlungskauf fingiert. Die Kaufpreisforderung erlischt.

---

117) So auch Furtner, MDR 1963,445 ff.; Nöldecke, NJW 1964, 2243 f.; LG Bielefeld, NJW 1970,337; Noack, MDR 1969, 180.

Der dem Titel zugrunde liegende Anspruch fällt damit weg. Dies hat aber, wie oben ausgeführt wurde, grundsätzlich keinen Einfluß auf die Zulässigkeit der Zwangsvollstrekkung[118].

III. Beachtung der Besonderheiten in §§ 2, 3 AbzG

Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung soll sich jedoch bei dem Fall des Erlöschens des Anspruchs infolge Rücktritts des Abzahlungsverkäufers gemäß § 5 AbzG zwar nicht unmittelbar aus dem Untergang des Anspruches, wohl aber aus anderen, damit zusammenhängenden materiellrechtlichen Rechtsfolgen des Rücktritts ergeben. Der Rücktritt führe nämlich gemäß § 1 AbzG nicht nur zum Wegfall des Anspruches und zur Verpflichtung des Käufers, dem Käufer die Sache zurückzugeben, sondern bewirke auch, daß dem Käufer gegen den Verkäufer ein Anspruch auf Rückzahlung der schon geleisteten Kaufpreisanzahlung entstehe. Ließe man nun die Vollstreckung in die Abzahlungssache zu, dann würde der Käufer sein Recht verlieren, dem durch die Vollstreckung verwirklichten Herausgabeverlangen des Verkäufers gemäß § 3 AbzG seine Gegenansprüche entgegenzuhalten. Aus dieser Vorschrift sei zu ersehen, daß der Käufer im Falle des Rücktritts des Verkäufers vom Abzahlungskaufvertrag den Besitz an der verkauften Sache nicht verlieren solle, ohne daß er sogleich wegen seines möglichen Anspruchs auf Rückerstattung der Anzahlung befriedigt werde.

---

118) Dies wird auch in der Literatur überwiegend anerkannt: Schnitzer, Die Vollstreckung des Vorbehaltsverkäufers, S. 81 ff. m.w.Nachw.; neuerdings auch Noack, MDR 1969,180.
Das OLG Frankfurt/M., NJW 1954,1084 will den Wegfall des Anspruches bei einem Rechtsmißbrauch des Verkäufers berücksichtigen, den es aber im konkreten Fall ablehnt (ebenso OLG München, MDR 1969,60).

Um dies sicherzustellen, müsse das Vollstreckungsorgan vor der Aushändigung der Sache an den Ersteher prüfen, ob dem Schuldner infolge des Rücktritts Gegenansprüche zustehen. Nur wenn nach einer summarischen Prüfung offensichtlich oder unstreitig sei, daß der Schuldner keine oder keine die Ansprüche des Gläubigers nach § 2 AbzG übersteigenden Aufwendungs- und Nutzungsersatzansprüche habe, solle die Zwangsvollstreckung zulässig sein. In Zweifelsfällen dagegen sei sie wegen Verstoßes gegen § 3 AbzG unzulässig[119].

Diese zur Prüfung der materiellrechtlichen Gegenansprüche des Schuldners im Vollstreckungsverfahren führende Auslegung der §§ 3 und 5 AbzG findet im Gesetz keine Stütze[120].

---

119) LG Düsseldorf, JW 1933,2188; LG Berlin, JW 1931, 3583; JW 1938,2300; LG Göttingen, [illegible] 1952,960 = MDR 1953,370; AG Düsseldorf, NJW 1956,753; Schnitzer, Die Vollstreckung des Vorbehaltsverkäufers, S. 97 m.w.Nachw. aus der Rechtsprechung, S. 100; früher schon Wangemann, NJW 1952,1320; NJW 1956,734; Herminghausen, NJW 1954,668; Lent, JR 1953,145; Rosenberg, § 191 IV 3 d; vgl. aus der neuesten Rechtsprechung LG Bielefeld, NJW 1970,337.
Die Rechtsprechung hat § 3 AbzG allerdings bisher nur im Falledes § 825 ZPO, nicht dagegen bei der Versteigerung nach § 817 ZPO berücksichtigt (vgl. LG Bielefeld, a.a.O.).
Neuerdings haben Furtner, MDR 1963,445 ff., und Nöldecke, NJW 1964,2243, die Meinung vertreten, daß zwar nicht das Vollstreckungsorgan zur Beachtung des § 3 AbzG verpflichtet sei, wohl aber das Gericht, das über die Rechtsbehelfe nach § 766 und § 765 a ZPO entscheide. Dies soll auch unabhängig dann gelten, ob nach § 825 oder nach § 817 ZPO verwertet wird.

120) Es kann hier also dahinstehen, ob sich die Prüfung der Rechtsfolgen des § 5 AbzG deshalb verbietet, weil das Vollstreckungsorgan damit materielles Privatrecht prüfen müßte (so Serick,I, S. 192 f.; vgl. auch Lüke, JZ 1959,114 ff.). Nach der oben vertretenen Auffassung wäre dies auch kein Grund, dem Vollstreckungsorgan die Prüfung zu verbieten, da es keinen vollstreckungsrechtlichen Grundsatz des Inhalts gibt, daß das Vollstreckungsorgan materielles Recht nicht prüfen darf.

Es ist zwar richtig, daß im Falle des erklärten Rücktritts des Verkäufers beide Parteien nach § 1 AbzG die empfangenen Leistungen zurückzugewähren haben. Der Verkäufer hat nach § 3 AbzG nur einen Anspruch auf Rückgabe der Kaufsache Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises. Schon auf den ersten Blick nicht einleuchtend ist aber, daß § 3 AbzG diese Wirkung auch in den Fällen der Rücktrittsfiktion nach § 5 AbzG haben kann. In diesem Falle entstehen die Rückgewähransprüche des Verkäufers aus § 1 AbzG nach der oben dargestellten h.M. nämlich erst dann, wenn der Käufer den Besitz an der Sache endgültig verloren hat. Dann kann aber der Käufer nicht davor geschützt werden, die Sache herausgeben zu müssen, ohne daß er wegen seines Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises befriedigt wird.

Diese Bedenken gegen die Anwendung des § 3 AbzG in den Fällen des Rücktritts nach § 5 AbzG ließen sich aber noch mit der Erwägung ausräumen, daß jedenfalls eine Umgehung des § 3 AbzG in der Zwangsvollstreckung vermieden werden müsse[121]. Die h.M. übersieht aber, daß § 5 AbzG nicht den Sinn hat, den Abzahlungskäufer genau so zu stellen, wie wenn der Verkäufer den Rücktritt gemäß § 1 AbzG erklärt hätte. § 5 AbzG soll nur verhindern, daß der Verkäufer unter Umgehung der §§ 1 und 2 AbzG die Sache zurücknimmt, ohne zurückzutreten. § 5 AbzG gewährleistet also die Durchsetzung des Anspruchs des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises. Dies geschieht aber nur in der Weise, daß er den Rückzahlungsanspruch entstehen

---

121) Serick I, S. 192 ff. läßt um der Beachtung des § 3 AbzG willen den Rücktritt gemäß § 5 AbzG schon mit dem Antrag des Gläubigers auf Zuweisung des Eigentums nach § 825 ZPO bzw. bei der Verwertung nach § 817 ZPO mit der Bekanntmachung des Versteigerungstermins eintreten.

läßt, nicht aber dadurch, daß er den Besitzverlust des Käufers auch noch von der Erfüllung des Rückzahlungsanspruchs abhängig macht. Dieser weitergehende Schutz ist in § 5 AbzG nicht bezweckt.

Hiergegen kann man auch nicht einwenden, die Nichtanwendung des § 3 AbzG auf die Fälle des § 5 AbzG vereitele den vom Abzahlungsgesetz angestrebten Schutz des sozial schwachen Käufers. Denn § 3 AbzG ist keine spezifische Schutzvorschrift zugunsten des Abzahlungskäufers. Er gibt ihm nur ein Recht, das im später in Kraft getretenen BGB jedem Käufer beim Rücktritt des Verkäufers gewährt wird. Zwar ist die Regelung des § 3 AbzG für die Abzahlungskäufer besonders bedeutsam, weil sie als sozial schwache Personen oft nicht Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises erheben werden. Diese Überlegung hat jedoch in § 3 AbzG keinen Ausdruck gefunden[122) 123)].

---

122) In der Literatur wird allerdings ein Unterschied zwischen § 3 AbzG und § 348 BGB aus der besonderen Schutzbedürftigkeit des Abzahlungskäufers hergeleitet. § 3 AbzG sei von Amts wegen zu berücksichtigen, während § 348 BGB nur auf die Einrede des Käufers hin zu berücksichtigen sein soll. Der Schutz des Käufers erfordere es, daß er die Sache nicht deshalb herausgeben müsse, weil er es versäumt, sich auf sein Zurückbehaltungsrecht zu berufen. Denn es solle verhindert werden, daß der Käufer gezwungen ist, seine eigenen Ansprüche später selbständig zu machen (Serick I, S. 181 m.w. Nachw.). Dieser Unterschied ist hier aber ohne Bedeutung.

123) Im Ergebnis ebenso OLG München, MDR 1969,60; für die Versteigerung nach § 817 auch LG Bielefeld, NJW 1970,337.

Vierter Abschnitt: Prüfung vollstreckungsrechtlicher Fragen durch das erkennende Gericht

In den vorhergehenden Abschnitten wurde die Aufgabenverteilung zwischen erkennendem Gericht und Vollstrekkungsorgan stets aus der Sicht des letzteren betrachtet. Es wurde untersucht, welche im Rahmen der Zwangsvollstreckung bedeutsamen Fragen nicht von den Vollstrekkungsorganen selbst, sondern vom erkennenden Prozeßgericht in einem Klageverfahren zu prüfen sind[1]. Im folgenden letzten Abschnitt soll nun gewissermaßen die Kehrseite dieser Fragestellung behandelt werden, nämlich ob und inwieweit das erkennende Gericht gehindert ist, bestimmte Fragen zu prüfen, weil deren Prüfung allein den Vollstreckungsorganen zugewiesen ist. Diese Problematik taucht im sogenannten Einziehungsrechtsstreit des Gläubigers gegen den Drittschuldner auf, wenn sich dieser gegen die klageweise Durchsetzung des gepfändeten Anspruchs mit der Begründung wehrt, der Anspruch sei unter Verstoß gegen die §§ 850 ff. ZPO gepfändet worden.

Zur Verdeutlichung möge folgender Fall dienen:

> Aufgrund eines Unterhaltstitels läßt der Gläubiger G den Lohnanspruch seines Schuldners S gegen dessen Arbeitgeber DS gemäß § 850 d ZPO pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Das Vollstreckungsgericht setzt im Pfändungs- und Überweisungsbeschluß den unpfändbaren Teil des Arbeitseinkommens des S auf 400,-- DM monatlich fest. Der Gläubiger verlangt nunmehr mit der Klage unter Berufung auf seinen Pfän-

---

1) Vgl. Einleitung II.

dungs- und Überweisungsbeschluß von dem Drittschuldner Zahlung. Dieser beantragt Klageabweisung u.a. mit der Begründung, in dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß sei der pfändungsfreie Betrag des Arbeitseinkommens des S unrichtig berechnet worden. Der Gläubiger ist der Auffassung, diese den prozessualen Pfändungsschutz betreffende Einwendung könne der Drittschuldner nicht im Einziehungsrechtsstreit, sondern allenfalls beim Vollstreckungsgericht im Erinnerungsverfahren vorbringen[2].

§ 11 Berufung des Drittschuldners im sog. Einziehungsrechtsstreit auf die Unpfändbarkeit des überwiesenen Anspruchs

I. Bedeutung der §§ 850 ff. ZPO für den Einziehungsrechtsstreit

Zur Beantwortung der in der soeben aufgezeigten Fallgestaltung aufgeworfenen Frage muß zuerst geklärt werden, ob und wie die Verletzung der §§ 850 ff. ZPO Bedeutung für den Erfolg der Klage des Pfändungsgläubigers gewinnen kann. In der Literatur wurde vor allem früher und wird

---

2) Für die Berücksichtigung des Einwandes: Wessel, ZZP 61, 62 ff.; Stein-Jonas-Pohle, § 829 Anm. VII. Generell gegen eine Berücksichtigung des Einwandes Lüke, JuS 1962,418,420; im übrigen wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur zwischen verschiedenen Fällen der Unpfändbarkeit, vor allem denen der §§ 850 c, 850 d, 850 h und 851 ZPO differenziert (vgl. dazu RG JW 1900, 839; RGZ 66,233; RGZ 93,74). Auf die Berechtigung dieser Differenzierung wird unten unter IV noch im einzelnen eingegangen werden.

auch heute noch teilweise die Auffassung vertreten, der Pfändungsgläubiger mache im Einziehungsrechtsstreit sein eigenes materielles Pfändungspfandrecht geltend[3]. Ein solches sei aber nicht entstanden, wenn der Pfändungsbeschluß eine nach §§ 850 ff. ZPO unpfändbare Forderung ergreife[4]. Berufe sich der Drittschuldner im Einziehungsrechtsstreit auf einen Verstoß gegen §§ 850 ff ZPO, so greife er die materiellrechtliche Stellung des Gläubigers an, aufgrund derer dieser klage.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden[5]. Das Einziehungsrecht des Pfändungsgläubigers beruht nicht auf dem Pfändungspfandrecht, sondern wird dem Gläubiger durch den Überweisungsbeschluß übertragen. Daß dieser dem Gläubiger etwas gibt, was er vorher, insbesondere als Pfändungspfandgläubiger, nicht hatte, ergibt sich schon un-

---

3) Baur, Fälle und Lösungen, S. 20, 22; ähnlich Bötticher, MDR 1961, 800; so neuerdings auch ausdrücklich Otto, SAE 1972,122; vgl. hierzu auch Pohle, JZ 1962,344, der an dieser Stelle der Existenz des Pfändungspfandrechts anders noch als in der Anm. zu BAG, AP Nr. 4 zu § 850 d ZPO ausdrücklich keine Bedeutung beimißt. Zu den Nachweisen aus der älteren Literatur vgl. Schmidt-Jortzig, Die Überweisung zur Einziehung, S. 16 FN 16.

4) Baur, Fälle, a.a.O.

5) Dabei kann offenbleiben, ob es ein materielles Pfandrecht überhaupt gibt und wenn ja, ob es nicht entsteht, wenn bei der Pfändung gegen §§ 850 ff. ZPO verstoßen wird. Beides ist heftig umstritten. Die Auffassung von der öffentlichrechtlichen Natur des Pfändungspfandrechts leugnet schon die Existenz eines materiellen Pfändungspfandrechts. Aber auch die Befürworter eines materiellen Pfandrechts sehen nur z.T. im Verstoß gegen §§ 850 ff. ZPO ein Entstehungshindernis für dieses Pfandrecht (so z.B. RGZ 106, 206; 151,285; Schönke-Baur, § 22 VII 2 a; Schwinge, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 64 ff.; a.A. Stein, Grundfragen, S. 37; Lent-Jauernig, S. 52; vgl. auch Jaestedt, Untersuchungen, S. 109 f.).

mittelbar aus dem Gesetz[6]. So spricht § 843 ZPO von "Rechten", die der Gläubiger "durch die Überweisung zur Einziehung erworben" hat. § 836 Abs. 1 ZPO bestimmt weiter, daß die Überweisung die förmlichen Erklärungen des Schuldners ersetzt, von denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängt. Gleichgültig, wie man diese Vorschriften im einzelnen interpretiert, läßt sich aus ihnen entnehmen, daß der Vollstreckungsgläubiger erst durch den Überweisungsbeschluß die Berechtigung zur Einziehung erlangt. Dieses aus dem Gesetz abzulesende Ergebnis hat neuerdings Schmidt-Jortzig auch dogmatisch überzeugend abgesichert[7].

Kann demnach die Frage, ob ein Verstoß gegen §§ 850 ff. ZPO vorliegt, nicht über die Prüfung der Existenz des Pfändungspfandrechts im Einziehungsrechtsstreit Bedeutung erlangen, so kann sie nur dadurch erheblich werden, daß sich ein Verstoß gegen die §§ 850 ff. ZPO auf das durch den Überweisungsbeschluß begründete Einziehungsrecht des Gläubigers auswirkt. Eine Abhängigkeit des Einziehungsrechts von der Einhaltung der Pfändungsschutzvorschriften ist aber deshalb fraglich, weil diese Vorschriften nach ihrem

---

6) So Lüke, ZZP 73,24; ähnlich Stein, Grundfragen, S. 63; Weigelin, Forderungspfändung, S. 67.

7) Die Auswirkung der Forderungsüberweisung zur Einziehung, S. 124 ff.; ebenso schon vorher weniger ausführlich Lüke, ZZP 73,23 ff., und Wessel, ZZP 61,77,83, vgl. auch Henckel, ZZP 84,452 f.

Schmidt-Jortzig, a.a.O. S. 128 ff., hat auch nachgewiesen, daß die durch den Überweisungsbeschluß begründete Einziehungsbefugnis nicht vom Entstehen eines Pfändungspfandrechts abhängig ist.

Wortlaut nur die Pfändung, nicht aber die Überweisung zur Einziehung betreffen[8]. Gleichwohl beeinflußt auch ein Verstoß gegen die §§ 850 ff. ZPO das Einziehungsrecht. § 835 ZPO spricht davon, daß die gepfändete Forderung auf Antrag des Gläubigers zu überweisen ist. Der Überweisungsbeschluß ist also von der Wirksamkeit des Pfändungsbeschlusses abhängig[9]. Ist diese wiederum von der Beachtung der §§ 850 ff. ZPO abhängig, so wirkt sich ein Verstoß gegen diese Vorschriften letztlich auch auf das Einziehungsrecht aus und könnte damit Bedeutung für den Ausgang des Einziehungsrechtsstreites haben.

II. Lösungsgesichtspunkte aus Rechtsprechung und Schrifttum

1. In der Literatur wird nun aber eingewendet, gegen die Prüfung der möglichen Fehlerhaftigkeit des Pfändungs- und damit des Überweisungsbeschlusses im Einziehungsrechtsstreit spreche schon die Funktionsverteilung zwischen erkennendem Prozeßgericht und Vollstreckungsorgan im Vollstreckungsverfahren[10]. Nach der Regelung der ZPO

---

8) Anderer Ansicht Wessel, ZZP 61,87, ohne echte Begründung. In der Begründung zur Novelle von 1898, in der § 836 Abs. 2 ZPO eingeführt wurde, heißt es allerdings: "Ist der Überweisungsbeschluß mit Unrecht erlassen, beispielsweise weil es an einer Voraussetzung der Zwangsvollstreckung fehlt oder die gepfändete Forderung der Pfändung nicht unterliegt, so ..."; ebenso scheint BAG, NJW 1966,222 davon auszugehen, daß ein Verstoß gegen §§ 850 ff. ZPO die Rechtmäßigkeit des Überweisungsbeschlusses beeinträchtigt. Allerdings könnten die genannten Äußerungen auch nur die Auffassung vertreten, ein Verstoß gegen §§ 850 ff. ZPO mache die Pfändung unwirksam und damit auch den Überweisungsbeschluß (dazu oben im Text).

9) Lüke, JuS 1962,421, FN 16; Stein-Jonas-Pohle, § 835 Anm. I; Henckel ZZP 84,452 ff.

10) Gaul, Rpfl. 1971, S. 89 ab FN 371; nicht ganz so stark stellt Lüke a.a.O. den Gesichtspunkt der Funktionsverteilung in den Vordergrund.

sei das Vollstreckungsgericht in funktioneller, also ausschließlicher Zuständigkeit berufen, über Fehler bei der Art und Weise der Zwangsvollstreckung auf Erinnerung hin zu entscheiden, wozu auch die Prüfung gehöre, ob die Vollstreckungsorgane die Pfändungsgrenzen eingehalten haben. In diese gesetzliche Funktionsverteilung würde eingegriffen, wenn auch das Prozeßgericht im Einziehungsrechtsstreit die Möglichkeit hätte, über die Pfändbarkeit der Forderung zu befinden. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, jedenfalls nicht insoweit, als sie in der funktionellen Zuständigkeit den entscheidenden Lösungsgesichtspunkt für das Problem sieht. Die Verteilung der Funktionen zwischen erkennendem Gericht und Vollstreckungsorgan erfolgt zwar innerhalb derselben Sache[11], so daß es sich um ein Problem der funktionellen Zuständigkeit handeln könnte. Die funktionelle Zuständigkeit verteilt jedoch wie alle Zuständigkeitsregeln die Aufgaben nur in der Hauptsache. Um eine Verteilung der Hauptsache zwischen Vollstreckungsgericht und erkennendem Gericht handelt es sich jedoch hier nicht. Um sie ginge es nur dann, wenn der Drittschuldner in einer selbständigen Klage die Feststellung der Unzulässigkeit der Pfändung begehrte. Mit einer solchen Klage brächte er einen Streitgegenstand vor das Prozeßgericht, der nach der Zuständigkeitsverteilung der ZPO (§ 802, 766 ZPO) allein vor das Vollstreckungsgericht gehört[12]. Im

---

11) Rosenberg-Schwab, S. 126.

12) Mit ähnlicher Begründung hat das RG in RGZ 40, 366 die auf eine Verletzung der §§ 850 ff. ZPO gestützte Klage des Schuldners gegen den Gläubiger auf Feststellung der Unzulässigkeit der Pfändung abgewiesen. Es führte aus, daß die Zulassung einer solchen Klage zu einem unzulässigen Eingriff in das durch bestimmte, der Parteiwillkür entzogenen Normen geregelte Zwangsvollstreckungsverfahren führe. Dieses Verfahren zeichne sich vor allem durch eine Regelung der Zuständigkeit und des Rechtsmittelzuges aus. In Gruchot 28, 1164, RGZ 16, 347; JW 1909, 515 hat das RG dagegen die entsprechende Klage des Schuldners methodisch bedenklich mangels Rechtsschutzbedürfnis abgewiesen, weil die Erinnerung der einfachere Weg sei.

Einziehungsrechtsstreit geht es dagegen für das Prozeßgericht nur um eine Vorfrage, wenn es prüft, ob die vom Kläger gepfändete Forderung unpfändbar ist[13]. Die Prüfung einer bloßen Vorfrage ist aber einem Gericht nicht verwehrt, wenn es für deren Prüfung in der Hauptsache nicht zuständig ist. Dieser Grundsatz ist im Verhältnis der verschiedenen Gerichtszweige zueinander anerkannt[14]; um so mehr muß er unter den verschiedenen Gerichten innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit gelten.

2. Eine andere Auffassung begründet den "prozessualen" Ausschluß des Unpfändbarkeitseinwandes aus dem Einziehungsrechtsstreit allein mit prozeßökonomischen Überlegungen[15]. Es böten sich für die Prüfung der Unpfändbarkeit zwei Verfahren an. Das eine sei das Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren nach §§ 766, 793 ZPO, das andere der Klageweg, den der Vollstreckungsgläubiger zum Prozeßgericht zu beschreiten hätte und auf dem der Drittschuldner den Einwand der Unpfändbarkeit vorbringen könnte. Das erste sei ein Verfahren mit fakultativer, das zweite mit obligatorischer mündlicher Verhandlung. In beiden Verfahren seien

---

13) Gaul, Rpf. 1971, S. 89 bei FN 378; Pohle, JZ 1962, 344,345; J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 87.

14) Vgl. die Nachweise bei J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 87 FN 106. Eine Ausnahme ergibt sich nur dann, wenn über eine Vorfrage ausnahmsweise rechtskräftig entschieden würde, wie z.B. über die Aufrechnungsforderung. Hier wird die Prüfungskompetenz des unzuständigen Gerichts auch bei bloßen Vorfragen abgelehnt (BGHZ 16,124). Dagegen will der BGH die Aufrechnung mit einer zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gehörenden Gegenforderung zulassen, da es sich beim Verhältnis der ordentlichen Zivilgerichte zu den Arbeitsgerichten nicht um eine Frage des Rechtsweges, sondern um eine solche der sachlichen Zuständigkeit handele (BGH, NJW 1958,543).

15) Pohle, JZ 1962,344; Anm. zu BAG, AP Nr. 4 zu § 850 d ZPO.

auch die Instanzenzüge sowie der Anwaltszwang unterschiedlich geregelt. Da das Gesetz keine klare Antwort gebe, ob eines der beiden Verfahren als Sonderregelung anzusehen sei oder ob sie nebeneinander bestehen sollen, müsse auf den Grundsatz der Prozeßökonomie zurückgegriffen werden. Dieser spreche für den Vorrang des Erinnerungsverfahrens. Zwar habe man bisher unter Berufung auf die Prozeßökonomie das gegenteilige Ergebnis vertreten. Bei der bisherigen prozeßökonomischen Betrachtung sei aber das Blickfeld zu eng gewählt worden, weil man von einer bereits anhängigen Klage des Drittschuldners ausging und es in dieser Situation als umständlich ansah, daneben ein Erinnerungsverfahren zu erzwingen, statt den Einwand der Unpfändbarkeit gleich im Klageverfahren zu prüfen. Dabei habe man auch immer darauf verwiesen, daß der Drittschuldner zunächst auf die Klage verurteilt werden müsse, seine nachträgliche Einwendung der Unpfändbarkeit im Erinnerungsverfahren ihm aber das Recht gebe, mit einer Vollstreckungsgegenklage wegen nachträglichen Wegfalls der Einziehungsberechtigung den Titel zu entkräften. Diese Betrachtung habe verkannt, daß dann, wenn dem Drittschuldner der Einwand der Unpfändbarkeit gegenüber der Klage verschlossen sei, er im eigenen Interesse den Überweisungsbeschluß sofort angreifen würde. Sollte darüber noch nicht entschieden sein, so müßte das Prozeßgericht nach § 148 ZPO aussetzen. Der Drittschuldner könne diese Aussetzung sogar erzwingen, indem er nach §§ 766 Abs. 1 S. 2, 732 Abs. 2 ZPO eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirke, welche die Vollstreckung, also auch die Einziehungsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Erinnerung einstelle.

Entscheidend spreche ferner gegen die Unzulässigkeit des Unpfändbarkeitseinwandes, daß die Erinnerung einfacher, billiger und schneller sei und erst die Zulassung

des Einwandes der Unpfändbarkeit den Drittschuldner geradezu verleite, von der Erinnerung abzusehen und die Klage abzuwarten. In den meisten Fällen werde die Erinnerung jedoch die Klage entbehrlich machen. Aber nicht nur die Schnelligkeit spreche für den Vorrang des Erinnerungsverfahrens, sondern auch die Tatsache, daß dort ein sachkundigerer Richter über den Unpfändbarkeitseinwand entscheide. Die Güte der Entscheidung werde also gefördert, wenn man allein dem Erinnerungsgericht die Kompetenz zur Prüfung des Unpfändbarkeitseinwandes gäbe.

III. Eigene Meinung

Dieser allein auf prozeßökonomische Überlegungen abstellenden Begründung für den Vorrang des Erinnerungsverfahrens kann nicht zugestimmt werden. Dieser Weg wäre erst dann unbedenklich, wenn keine exaktere dogmatische Begründung gefunden werden könnte[16)]. Eine solche ist aber möglich[16 a)].

---

16) Vgl. dazu auch von Mettenheim, Prozeßökonomie, S. 169 f. und S. 30 ff.; vgl. auch Lüke, JuS 1962, 421 FN 22.

16 a) Eine exaktere dogmatische Begründung glaubt Otto, SAE 1972, 120 mit der "prozessualen Präklusion" gefunden zu haben. Diese verbiete dem Richter, von den Parteien vorgetragene Umstände zu berücksichtigen und schließe auf diese Weise die Berufung auf die materielle Rechtslage aus. Bei dem hier vorliegenden Fall lasse sich eine derartige Ausschlußwirkung auch ohne ausdrückliche Präklusionsnorm aus dem System des Vollstreckungsrechts ableiten. Dieses System lasse nämlich einen Vorrang der Rechtsbehelfe des Vollstreckungsrechts erkennen:

Mit dem Pfändungsbeschluß (§ 829 ZPO) werde dem Drittschuldner untersagt, an den Schuldner zu leisten. Infolge der Überweisung dürfe er ohne Risiko an den Gläubiger zahlen (§ 836 II ZPO). Anderer-

Es ist allgemein anerkannt, daß alle Gerichte an den Inhalt rechtsgestaltender Hoheitsakte gebunden sind[17].

---

seits drohe dem Gläubiger sogar eine Schadenersatzverpflichtung nach § 842 ZPO, wenn er die Forderung gegen den Willen des Schuldners nicht einziehe. Angesichts dieser Situation sei es nicht einzusehen, wenn der DS sich gegenüber dem Schuldner mit dem Hinweis auf die Beschlagnahme und dem Gläubiger im Einziehungsrechtsstreit mit der Behauptung einer fehlerhaften Pfändung verteidigen könne, ohne diese selbst mit der Erinnerung anzugreifen. Für den Streit zwischen Schuldner und Gläubiger habe das Vollstreckungsrecht bei Einwendungen gegen die titulierte Forderung die Vollstreckungsabwehrklage, bei Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung das Erinnerungsverfahren vorgesehen. Es bestehe also kein Anlaß, dem DS zu seinem Schutz ein aufwendigeres Verfahren im Rahmen des Einziehungsrechtsstreites zur Verfügung zu stellen.

Diese Begründung überzeugt nicht: Ein Vorrang des vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfs (hier Erinnerung des DS) läßt sich im vorliegenden Fall nicht zwingend aus der Interessenlage ableiten. Im übrigen wäre ein derartiger Vorrang dogmatisch nicht als Teil einer "prozessualen Präklusion", sondern als "Spezialität" eines Rechtsbehelfs zu qualifizieren.

17) Nicklisch, Bindungswirkung, S. 129 ff.; er begründet auf S. 138, 141 diese Bindungswirkung wie folgt: Die Tatsache, daß ein wirksamer Staatsakt ergangen ist, könne niemand bestreiten. Dann aber müsse der an das Gesetz gebundene Richter (Art. 20 Abs. 3, 97 GG) auch die Rechtsänderung anerkennen, die die Rechtsordnung an diese Tatsache knüpfe. Tatbestandswirkung und Gestaltungswirkung unterschieden sich also nur dadurch, daß das Gesetz einmal die Rechtsänderung an einen Staatsakt knüpft, der den Eintritt der Rechtsänderung ausdrücklich ausspreche (Gestaltungswirkung), zum anderen von einem Staatsakt abhängig mache, ohne daß sich dieser irgendwie mit der Rechtsänderung beschäftigt.

Zu dem hier untersuchten konkreten Fall vgl. Nicklisch, Bindungswirkung, S. 16 f., 20 f., 24, 165.

Der die Einziehungsbefugnis begründende Überweisungsbeschluß ist ein solcher Akt.[17a]. Er gestaltet die Rechtslage, indem er dem Vollstreckungsgläubiger das Einziehungsrecht an der Forderung des Vollstreckungsschuldners zuweist. Dies hat Schmidt-Jortzig neuerdings umfassend nachgewiesen[18]. Er kommt in seiner Untersuchung zum Ergebnis, daß der Überweisungsbeschluß für den Gläubiger ein selbständiges Einziehungsrecht begründet, und zwar im Wege des sog. derivativ-konstitutiven Erwerbs vom Schuldner; d.h. die Einziehungsberechtigung, die bisher immanenter ungetrennter Bestandteil der Forderung des Schuldners war, wird aus ihr herausgelöst, zum selbständigen Recht erhoben und auf den Gläubiger übertragen. An diese Übertragungswirkung ist das erkennende Zivilgericht gebunden, und zwar in dem Umfange, in dem der Überweisungsbeschluß die Zugriffsforderung seinem Wortlaut nach erfaßt[19].

---

17 a) Otto, SAE 1972, 120,122 lehnt die hier vertretene Gestaltungswirkung des Überweisungsbeschlusses ab und schreibt ihm unter Berufung auf den Wortlaut des § 836 II im Verhältnis des Gläubigers zum DS eine bloße Legitimations-, d.h. wohl Liberationswirkung zu.

18) Die Überweisung zur Einziehung, S. 80, 81 ff.

19) Lüke, JuS 1962,421; Lüke, ZZP 76, 24, unterscheidet beim Überweisungsbeschluß zwischen einer Gestaltungswirkung, die sich im Prozeßrecht auswirkt, d.h. dem Vollstreckungsgläubiger die Prozeßführungsbefugnis über die gepfändete Forderung gibt, und einer solchen, die sich materiellrechtlich auswirkt, indem sie dem Gläubiger das Recht gibt, Zahlung an sich zu verlangen. Da wohl auch die prozessuale Gestaltung von der Wirksamkeit der Pfändung abhängt, müßte Lüke die Klage bei Unwirksamkeit des Pfändungsbeschlusses als unzulässig abweisen (anders insoweit Schmidt-Jortzig, a.a.O., S. 41 f., der hier die Klage wohl als unbegründet abweisen würde).

Nicht bindend ist der Überweisungsbeschluß nur dann, wenn er nichtig ist[20]. Da die Verletzung der §§ 850 ff. ZPO auf die Wirksamkeit des Überweisungsbeschlusses unmittelbar keinen Einfluß hat, kann sich dessen Nichtigkeit im hier zu beurteilenden Fall nur daraus ergeben, daß der Pfändungsbeschluß wegen Verstoßes gegen §§ 850 ff. ZPO nichtig ist und diese Nichtigkeit auch die der Überweisung nach sich zieht[21]. Die Nichtigkeit des Pfändungsbeschlusses bejaht bei einem Verstoß gegen §§ 850 ff. ZPO nur Rosenberg[22].

---

20) Nicklisch, Bindungswirkung, S. 46 ff. Die Bindung tritt natürlich auch dann nicht mehr ein, wenn der Akt aufgehoben ist. Hierzu ist aber nur das Vollstreckungsgericht als Erinnerungsgericht funktionell zuständig (darauf weist Bötticher, MDR 1961, 800 zu Recht hin).

21) Dementsprechend hat auch das RG in seiner ersten einschlägigen Entscheidung zum Unpfändbarkeitseinwand des Drittschuldners im Einziehungsrechtsstreit in JW 1900,839 nur die Unwirksamkeit der Pfändung geprüft, nicht aber speziell die der Überweisung. Hierbei hat es allerdings sehr apodiktisch behauptet, die Pfändung sei stets solange wirksam, bis sie auf eine Erinnerung hin aufgehoben würde. Es hat nicht auf einen speziellen Fehler des Pfändungsbeschlusses abgestellt (anders dagegen in RGZ 93,370, wo zwischen Fehlern, die die Nichtigkeit der Pfändung bewirken und solchen, die nur mit der Erinnerung geltend gemacht werden können, unterschieden wird. Zu letzteren werden §§ 850 ff. ZPO gezählt).

22) § 192 I 2 c. Die Entscheidung des RG in RGZ 151, 279, 285, die Rosenberg für seine Auffassung zitiert, hatte lediglich die Entstehung eines wirksamen Pfändungspfandrechts verneint, wenn §§ 850 ff. ZPO verletzt sind; Bruns, § 25 IV 3 geht auch von der Nichtigkeit aus, schränkt sie aber für Fälle der "sozialen Begrenzung" der Forderungspfändung ein.

Neuerdings bejaht auch Henckel, ZZP 84,453, die Nichtigkeit des Pfändungsbeschlusses bei einem Verstoß gegen die Unpfändbarkeitsvorschriften. Dieses Ergebnis ist nach seiner Auffassung die Konsequenz

Dessen Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Nach heute überwiegender Auffassung ist die Wirksamkeit der Pfändung nach den Regeln zu bestimmen, die im öffentlichen Recht zur Beurteilung der Gültigkeit eines Staatsaktes herangezogen werden[23].

---

der materiellrechtlichen Wertung, die in § 400 BGB zum Ausdruck kommt. Nach dieser Vorschrift erhalte der Gläubiger den in der Forderung verkörperten Wert sogar dann nicht, wenn der Schuldner ihm die Forderung freiwillig abtrete. Die Abtretung sei unwirksam, der Drittschuldner brauche nicht zu zahlen. Der Inhaber unpfändbarer Forderungen sei also materiellrechtlich stärker geschützt als der Eigentümer unpfändbarer Sachen. Dieser materiellrechtliche Schutz des Schuldners dürfe auch nicht in der Vollstreckung umgangen werden. Deshalb müsse man die Unpfändbarkeit im Einziehungsrechtsstreit stets beachten und die Pfändung und demzufolge auch den Überweisungsbeschluß als unwirksam ansehen.

Henckels Auffassung ist nicht überzeugend. Er argumentiert bei der Abgrenzung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eines Hoheitsaktes mit materiellrechtlichen Erwägungen. Hierbei übersieht er m.E., daß diese Abgrenzung in erster Linie verfahrensrechtliche Bedeutung hat. Demgemäß müssen es auch verfahrensrechtliche Überlegungen sein, die bei der Abgrenzung der Fehlerfolgen letztlich den Ausschlag geben. Verfahrensrechtliche Gründe sprechen aber gegen die Nichtigkeit (siehe dazu unten im Text).

23) Vgl. Peter Geib, Verstrickung, S. 100. Vgl. hierzu auch Bähr, KTS 1969, 1 ff.

1. Die vor allem von Hans Julius Wolff vertretene Unmöglichkeitstheorie nimmt im öffentlichen Recht Nichtigkeit als Fehlerfolge in den Fällen tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit an. Rechtliche Unmöglichkeit, die in unserem Fall allein in Betracht käme, soll vorliegen, wenn die erlassene Regelung unter keinen vorstellbaren Lebensumständen zulässig ist[24]. Dies ist bei der Pfändung einer unpfändbaren Forderung nicht so, da die Überweisung schon bei einer leichten Veränderung der Lebensumstände des Schuldners pfändbar wäre.

2. Heute wohl herrschend im öffentlichen Recht ist die Evidenztheorie[25]. Nach ihr ist auch die Schwere und Offenkundigkeit des Fehlers abzustellen. Nur dann sei ein Staatsakt nichtig, wenn nicht einmal der Rechtsschein rechtmäßigen Handelns begründet werde. Dies ist bei der Pfändung einer unpfändbaren Forderung nicht der Fall, da man ihr die Rechtswidrigkeit nicht ohne weiteres ansieht.

3. Demgegenüber stellt die im Vordringen begriffene teleologische Methode bei der Ermittlung der Fehlerfolgen auf Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte ab. Nur die Untersuchung des Einzelfalls und die Beurteilung des konkreten Interessenkonflikts ermöglichen es nach dieser Auffassung, die Fehlerfolgen adäquat zu bestimmen[26]. Gerade im Zivilprozeß und besonders im Zwangsvollstreckungsrecht hat sich diese teleologische Methode in den letzten

---

24) H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 51 III.

25) Vgl. G. Huber, Versteigerung, S. 128 m.w.Nachw. in FN 14.

26) Vgl. G. Huber, Versteigerung, S. 127 m.w.Nachw.

Jahren durchgesetzt[27]. Sie gibt nämlich die Möglichkeit, die Besonderheiten des Vollstreckungsrechts zu berücksichtigen[28]. Sucht man nach solchen Besonderheiten des Vollstreckungsrechts, die bei der Ermittlung der Folgen eines Verstoßes des Pfändungsbeschlusses gegen §§ 850 ff. ZPO zu beachten sein könnten, so fallen sofort die Überlegungen ins Auge, die oben schon als selbständige Argumente gegen die Prüfungskompetenz des erkennenden Gerichts vorgebracht wurden. So läßt sich zwar nicht unmittelbar aus der funktionellen Unzuständigkeit des Prozeßgerichts das Verbot der Prüfung des Unpfändbarkeitseinwandes herleiten, wohl läßt es aber eine Funktionsverteilung im weiteren Sinne wünschenswert erscheinen, Verstöße gegen §§ 850 ff. ZPO nur vom Vollstreckungsgericht prüfen zu lassen[29]. Ebenso erfordern es das Gebot möglichst einheitlicher und richtiger Rechtsanwendung und die Prozeßökonomie, dem Drittschuldner den Einwand der Unpfändbarkeit im Einziehungsrechtsstreit zu versagen[30]. All dies läßt sich verwirklichen, wenn man den mangelhaften Pfändungsbeschluß als wirksam ansieht.

Schließlich ist in letzter Zeit bei der Abgrenzung von nichtigen und anfechtbaren Vollstreckungsakten zu Recht betont worden, daß die wesentlichste Funktion der bloßen

---

27) Für Akte im Zwangsvollstreckungsverfahren vgl. vor allem Schwinge, Staatsakt, S. 22; J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 85; G. Huber, Versteigerung, S. 103 ff.; Henckel, Prozeßrecht, S. 316 f.; Gaul, Rpfl. 1971, S. 88 bei FN 359; Bähr, KTS 1969,1 ff., 9 ff.

28) So auch speziell zum Pfändungsbeschluß schon Wessel, ZZP 61,78.

29) Lüke, JuS 1962,421; Gaul, Rpfl. 1971, S. 89 bei FN 375; J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 87.

30) J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 86.

Anfechtbarkeit eines Hoheitsakts darin besteht, daß der Fehler nur innerhalb eines besonderen Verfahrens und nur von dem in seinen geschützten Rechten Betroffenen geltend gemacht werden kann. Die eigentliche Bedeutung der Nichtigkeit liegt also darin, daß die Rügemöglichkeit verfahrensrechtlich nicht beschränkt ist, der Fehler also jederzeit geltend gemacht werden kann. Bei dieser verfahrensrechtlichen Bedeutung der Nichtigkeit liegt die Annahme nahe, daß das Verfahrensrecht selbst einen Einfluß auf die Beurteilung der Fehlerfolgen nimmt[31]. Für eine in jeder Beziehung unbeschränkte Rügemöglichkeit besteht wenig Anlaß, wenn eine ausreichende Anfechtungsmöglichkeit für die Betroffenen zur Verfügung steht. Ein gewichtiges Argument für die Wirksamkeit der Pfändungsbeschlüsse liegt also darin, daß der Drittschuldner befugt ist, sie selbständig, d.h. unabhängig vom Schuldner anzufechten, wenn die Pfändungsgrenzen fehlerhaft berechnet sind. Diese Befugnis steht ihm zu, da durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß eine Personenkumulation auf der Aktivseite der Zugriffsforderung eintritt. Bei der Überweisung zur Einziehung entspricht es nämlich der ganz h.M., daß die Forderung nicht aus dem Vermögen des Schuldners ausscheidet, sondern eine personelle Verdoppelung auf der Aktivseite des Schuldverhältnisses stattfindet[32]. Neben dieser gewissermaßen vollstreckungsfremden Beeinträchtigung des Drittschuldners ist in der Auskunftspflicht nach

---

31) So besonders zu den Vollstreckungsakten G. Huber, Versteigerung, S. 104; Henckel, Prozeßrecht, S. 316 f.; Gaul, Rpfl. 1971, 5 bei FN 51 ff.; 43 zu FN 126.

32) J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 73.

§ 840 ZPO auch eine typisch vollstreckungsrechtliche Beeinträchtigung des Drittschuldners gegeben[33].

Hat sich sonach ergeben, daß der Pfändungsbeschluß trotz Verstoßes gegen §§ 850 ff. ZPO wirksam ist, so steht fest, daß auch der Überweisungsbeschluß seine angestrebten Wirkungen entfaltet und damit das erkennende Gericht im Einziehungsrechtsstreit daran bindet, daß die Forderung bestimmter Höhe zur Einziehung überwiesen wurde[34]. Von diesem Ausgangspunkt aus kann auch jetzt zu den Differenzierungen Stellung genommen werden, die in Rechtsprechung und Literatur innerhalb der einzelnen Pfändungsschutzvorschriften gemacht werden.

---

33) Vgl. zur Beeinträchtigung des Drittschuldners auch Lüke, JuS 1962,421 bei FN 25; aus der neueren Rspr. vgl. KG, MDR 1963, 853 m.w.Nachw.; gegen die Erinnerungsbefugnis des Drittschuldners bei § 850 d und f ZPO. LG Essen, Rpfl. 1969,64 = NJW 1969,668; früher schon OLG München, OLGE 19,1.

Beim Drittschuldner - Arbeitgeber schließlich sieht Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 71, noch in der Begründung der Gefahr eines Arbeitsplatzwechsels durch die Pfändung und Überweisung der Arbeitslohnforderung eine Beeinträchtigung des Drittschuldners.

34) Aus meinen bisherigen Überlegungen ergibt sich auch zwingend, wie die Zulässigkeit des Einwandes der Unpfändbarkeit im Einziehungsrechtsstreit zu beurteilen ist, wenn über ihn schon auf einen vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelf, d.h. im Erinnerungs- oder Beschwerdeverfahren entschieden worden ist. Wird der Überweisungsbeschluß auf die Erinnerung hin aufgehoben, so fehlt dem Pfändungsgläubiger das Einziehungsrecht, da der es begründende Beschluß nicht mehr existiert. Weist das Rechtsbehelfsgericht die Erinnerung zurück, so ergibt sich die Bindung aus der nach wie vor bestehenden Gestaltungswirkung des Beschlusses der ersten Instanz. Die umstrittene Frage der Rechtskraft der im Erinnerungsverfahren ergehenden Beschlüsse hat für unser Problem also keine Bedeutung(ebenso im Ergebnis, wenn auch aus anderen Gründen, Otto, SAE 1972,120).

IV. Differenzierung zwischen dem Fall des § 850 d und dem der §§ 850 c, 851 und 850 h ZPO

1. Da wird zunächst behauptet, die bloß feststellende Entscheidung des Vollstreckungsgerichts nach § 850 c ZPO entfalte im Gegensatz zu der konstitutiven Entscheidung nach § 850 d ZPO keine Bindungswirkung[35]. Deshalb könne das Prozeßgericht in den Fällen des § 850 c ZPO die Pfändbarkeit überprüfen. Diese Meinung verkennt, daß es im Einziehungsrechtsstreit unmittelbar nur um die Gestaltungswirkung des Überweisungsbeschlusses geht, nicht aber um die des Pfändungsbeschlusses. Die Gestaltungswirkung des Überweisungsbeschlusses tritt aber bei jeder Überweisung unabhängig davon ein, ob der vorausgegangene Pfändungsbeschluß selbst wiederum bloß feststellender oder gestaltender Natur war.

2. Ebenfalls nicht überzeugend ist die Differenzierung, die das RG und im Anschluß daran das RAG und das

---

35) Böttticher, MDR 1961, 800; ebenso BAGE 10, 279 und 12,112.

Neuerdings unterscheidet das BAG auch noch im Rahmen des § 850 d ZPO zwischen Einwendungen, die die konstitutive Festsetzung des Notbedarfs des Schuldners durch das Vollstreckungsgericht betreffen und solchen, die die Anwendbarkeit des § 850 d überhaupt in Frage stellen. Letztere könnten im Einziehungsrechtsstreit geprüft werden, da es hierbei nicht um rein vollstreckungsrechtliche Frage gehe, die einer konstitutiven Entscheidung des Vollstrekkungsgerichts unterliegen, sondern um die materiellrechtliche Frage, ob überhaupt eine Pfändung wegen Unterhaltsansprüchen i.S. des § 850 d erfolgt sei.

OLG Celle vorgenommen haben[36]. Sie lassen den Einwand der Unpfändbarkeit dann zu, wenn er aus dem sachlichrechtlichen Schuldverhältnis zwischen Drittschuldner und Schuldner hergeleitet wird. Dies sei der Fall, wenn die gepfändete Forderung nach bürgerlichem Recht unabtretbar (§ 851 ZPO) oder aus sonstigen sachlichrechtlichen Gründen, z.B. wegen sog. Zweckgebundenheit, absolut unpfändbar ist. Diese Argumentation geht anscheinend davon aus, die oben mehrfach zitierte Funktionsverteilung zwischen Vollstreckungsorgan und erkennendem Gericht sei das letztlich entscheidende Argument gegen die Berücksichtigung des Unpfändbarkeitseinwandes. Von daher gesehen wäre es nämlich verständlich, daß man dort, wo nicht spezielles Vollstreckungsrecht, sondern z.B. die materiellrechtliche Unübertragbarkeit die Unpfändbarkeit begründet, den Einwand der Unpfändbarkeit im Einziehungsrechtsstreit beim Prozeßgericht zuläßt. Es wurde jedoch oben herausgearbeitet, daß der dogmatische Grund für die Unzulässigkeit des Unpfändbarkeitseinwandes in der Bindungswirkung des Überweisungsbeschlusses liegt. Die Funktionsverteilung kann allenfalls mittelbar für die Zulässigkeit des Unpfändbarkeitseinwandes bedeutsam werden, nämlich als einer von mehreren Gesichtspunkten, der für die bloße Anfechtbarkeit und damit die Bindungswirkung des Überweisungsbeschlusses spricht. Da die Funktionsverteilung aber nur einer von mehreren Gesichtspunkten ist, die für die Bindungswirkung und damit die Unzulässigkeit des Unpfändbarkeitseinwandes sprechen, kann allein ihr Fehlen die Be-

---

36) RGZ 66,234; RGZ 93,77; RAG, ARS 26,215; OLG Celle, NJW 1962,1731.

Gegen diese Differenzierung schon Wessel, ZZP 61, 92 m.w.Nachw.; heute auch Otto, SAE 1972,122; ablehnend auch RGZ 40,366 im Rahmen einer Feststellungsklage des Schuldners gegen den Gläubiger, die darauf gestützt war, daß eine höchstpersönliche Forderung zu Unrecht gepfändet worden sei.

rücksichtigung des Einwandes nicht rechtfertigen. Die anderen Zweckmäßigkeitserwägungen, insbesondere die Prozeßökonomie und die Gefahr widersprechender Entscheidungen sowie die Anfechtungsmöglichkeit des Drittschuldners im Erinnerungsverfahren, rechtfertigen für sich genommen schon die bloße Anfechtbarkeit des Pfändungsbeschlusses.

3. Aus ähnlichen Gründen wie bei § 851 ZPO wird in Schrifttum und Rechtsprechung im Falle des § 850 h ZPO eine Differenzierung vorgenommen. Einmal wird vorgebracht, den Verstoß gegen diese Norm könne der Drittschuldner im Einziehungsrechtsstreit geltend machen, weil hier ausnahmsweise die bei der Prüfung zu beachtende Vorschrift ihren Schwerpunkt im Zivilrecht habe. Für die Prüfung von Zivilrecht sei das Vollstreckungsgericht aber nicht das sachnächste. Es fehle also der innere Grund, dem erkennenden Gericht die Beurteilungszuständigkeit zu nehmen[37]. Daß diese Nähe zum Zivilrecht kein Grund für die Prüfungszuständigkeit des erkennenden Gerichts sein kann, wurde soeben ausgeführt. Dennoch ist dieser Auffassung im Ergebnis insoweit zuzustimmen, als die Voraussetzungen des § 850 h ZPO im Einziehungsrechtsstreit zu prüfen sind. Dies liegt aber daran, daß § 850 h ZPO gar keine Pfändungsschutzbestimmung ist, sondern gewissermaßen eine den gepfändeten Anspruch begründende materielle Norm darstellt. Daß die Entstehungsvoraussetzungen des gepfändeten Anspruchs im Einziehungsrechtsstreit geprüft werden, ist aber keine Besonderheit[38].

---

37) J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 87.

38) Im Ergebnis ebenso Otto, SAE 1972,123; deshalb ist auch die Feststellungsklage des Drittschuldners auf Nichtbestehen des Anspruchs nach § 850 h ZPO zulässig (so auch Baumbach-Lauterbach, § 850 a Anm. 4; LG Berlin, MDR 1961,510).

Darüber hinaus wird behauptet, der Verstoß gegen die Pfändungsschutzbestimmungen der §§ 850 ff. ZPO, die nach h.M. auf die Pfändung des Anspruchs nach § 850 h ZPO anwendbar sind, könne hier ausnahmsweise im Einziehungsrechtsstreit geltend gemacht werden. Dies sei deshalb gerechtfertigt, weil erst das Prozeßgericht im Fall des § 850 h ZPO die Existenz und Höhe des fingierten Anspruchs feststelle und die Frage, wie weit dieser Anspruch pfändbar sei, vond er Festsetzung der Höhe des Anspruchs nicht zu trennen sei[39]. Wenn mit dieser Argumentation behauptet werden soll, die Forderung werde im Falle des § 850 h ZPO gar nicht in einer bestimmten Höhe zur Einziehung überwiesen, so ist diese Überlegung rechtlich zwar beachtlich, weil dann dem Überweisungsbeschluß nicht die bindende Wirkung beigemessen werden könne, er habe eine Forderung in bestimmter Höhe zur Einziehung überwiesen. Diese Behauptung ginge jedoch von falschen tatsächlichen Voraussetzungen aus, da der Anspruch aus § 850 h ZPO genauso wie jeder andere wegen und in Höhe der titulierten Forderung, also in einer bestimmten Höhe gepfändet wird. Die wirkliche Höhe der Forderung wird natürlich genauso wie ihre Existenz erst im Einziehungsrechtsstreit geklärt. Dies ist jedoch keine Besonderheit der Einziehung eines Anspruchs aus § 850 h ZPO. Bei der Einziehung sonstiger Ansprüche wird deren Höhe und Existenz ebenfalls erst im Einziehungsrechtsstreit festgestellt. Dennoch verwehrt man dort dem Drittschuldner den Einwand der Unpfändbarkeit. Also muß dies auch in den Fällen des § 850 h ZPO geschehen.

---

39) RAG 15,291, 295; 21, 46, 51; DR 1939, 1599, LG Berlin, MDR 1961, 510; OLG Schleswig, SchlHA 1956, 294; Stein-Jonas-Pohle, § 851 h Anm. II E 1 a; Pohle, JZ 1962, 344, 346; Jonas, JW 1936, 687, 688; Nicklisch, Bindungswirkung, S. 165 FN 26; ähnlich Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungsrecht, S. 108, weil hier das Prozeßgericht den unpfändbaren Betrag festsetze.